This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

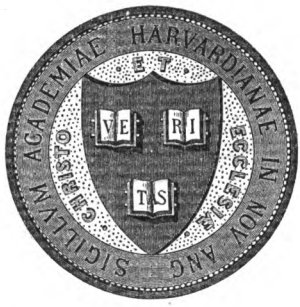
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HL 02904



HARVARD LAW LIBRARY.

Received Apr. 25, 1901.

Digitized by Google

Annalen

des

Königl. Sächs. Oberappellationsgerichts

zu

Dresden.

Herausgegeben

durch

Dr. Friedrich Albert von Langenn,
wirklichen Geheimen Rath, Präsidenten des K. S. Oberappellationsgerichts,
Großkreuz des K. S. Verdienstordens u. s. w.,

Dr. Conrad Sickel,
Oberappellationsrath, Ritter des K. S. Verdienstordens,

und

Dr. Karl Magnus Pöschmann,
Oberappellationsrath.

Sechster Band.

Leipzig,
Verlag der Roßberg'schen Buchhandlung.
1863.

Digitized by Google

Rec. Apr. 25, 1901.

Digitized by Google

I.

Ueber die Ermittelung der Personenidentität bei gerichtlichen Verhandlungen.

Von Dr. Pöschmann.

In der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, N. F. Bd. XXII., S. 481 fg. ist, anscheinend in Anlaß eines Urthels des OAG.'s, aus dessen Rationen sich in diesen Annalen Bd. II., S. 243 fg. unter Nr. 64 ein Auszug mitgetheilt findet, unter der Ueberschrift: Ueber Ermittelung der Personenidentität der Betheiligten bei Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, jedoch wie sich nach S. 490 unter 1 ergiebt, insbesondere auch für weitere Fälle, die Frage behandelt: welches die Obliegenheiten des Richters, beziehentlich Protocollanten, wegen Feststellung der Personenidentität der vor ihm Verhandelnden seien?

Hierbei wird S. 492 nicht allein der Vorwurf der Unklarheit eines Satzes der betreffenden Rationen erhoben, sondern auch S. 493 fg. verb. mit S. 487 fg. die Unrichtigkeit der vom OAG. ausgesprochenen Ansicht zu deduciren versucht.

Wir würden für Beantwortung der nurerwähnten Angriffe*) nicht die Aufmerksamkeit der Leser in Anspruch nehmen

*) Sie treffen den Verfasser dieser Entgegnung sowohl in diesem, wie in dem in demselben Bande der Annalen (Bd. II.), S. 383 unter no. 64 mitgetheilten Falle, wo im wesentlichen dieselbe Ansicht Geltung gefunden hat, nicht als Referenten, sondern nur als Mitglied des Collegii.

Digitized by Google

zu dürfen glauben, wären die Ergebnisse jener Erörterung nicht der Art, daß im gerichtlichen Verkehr wesentliche Störungen zu besorgen sein würden, müßte man solche allenthalben als zutreffend anerkennen.

Der Differenzpunkt ist folgender: In einem Falle, wo von einem mit dem Inhalte eines öffentlichen Testaments unzufriedenen Intestaterben dessen Anfechtung versucht worden, war als Moment des Angriffs gegen dessen Rechtsbeständigkeit auch das geltend gemacht, beziehentlich vom Kläger in den Instanzen urgirt worden, daß die betreffende Registratur schon deshalb formell ungültig und demgemäß das Testament nicht als öffentliches anzusehen sei, weil in solcher die Formvorschriften des Mandates vom 27. Septbr. 1819, die Abfassung der Recognitionsregistraturen betr. (G.-S. S. 222), hinsichtlich der Constatirung der Identität der Person des Comparenten (hier des Testators) nicht beobachtet seien. Das OAG. konnte, conform mit den früheren Instanzen, diesen Einwand nicht beachtlich finden, weil die Formalvorschriften des gedachten Mandats nach seiner Ansicht nur auf eigentliche Recognitionsregistraturen, nicht aber auf andere Registraturen anwendbar seien, welche der Civilrichter*) — abgesehen von dem Falle der Verordnung der Landesregierung vom 21. März 1820 — in der vor ihm zur Verhandlung gelangenden Rechtssachen, mögen solche der streitigen oder der freiwilligen Gerichtsbarkeit angehören, aufzunehmen Veranlassung findet. Dies wurde ausgedrückt:

> Die Nothwendigkeit der Constatirung der Personenidentität durch Zeugen oder Gerichtszeugniß ist als eine die Gültigkeit der Verhandlung bedingende Form nur in Hinsicht auf die Aufnahme von Recognitionsregistraturen ꝛc. ausdrücklich vorgeschrieben ꝛc. In allen anderen Fällen muß daher die Präsumtion für die Legalität

*) Der Criminalrichter ist in der Strafprozeßordnung Art. 131 a auf die in den Gesetzen über das Verfahren in den bürgerlichen Rechtssachen enthaltenen Vorschriften verwiesen.

Digitized by Google

richterlicher Handlungen so viel bewirken, daß mindestens bis zum Beweise des Gegentheiles die Identität der vom Richter in seiner Niederschrift unter einem bestimmten Namen und sonstigen Individualeigenschaften aufgeführten Individuen, mit denjenigen Personen, welche den angegebenen Namen führen und die beigelegten Eigenschaften haben, als feststehend betrachtet wird ꝛc.

Von unserem Gegner sind nun S. 490 fg. folgende Sätze aufgestellt:

1) Nicht blos in den Fällen, auf welche die Vorschriften des Mandats ꝛc. vom 27. Septbr. 1819 (und der Verordnung ꝛc. vom 21. März 1820) Anwendung leiden, sondern auch sonst allenthalben, wo durch Erklärungen zu gerichtlichem Protocolle Verbindlichkeiten der vor Gericht erscheinenden Interessenten, oder die Uebertragung oder Aufhebung ihnen zuständiger Rechte, oder letztwillige Verfügungen beurkundet werden sollen, liegt es dem Richter ob, die Personenidentität der Comparenten, so weit ihm selbst diese nicht bekannt sind, vor Aufnahme ihrer Erklärung zu Protocoll gehörig festzustellen.

2) Hierbei ist er jedoch an die in dem erwähnten Mandate für das Verfahren bei der Ermittelung und die Abfassung der Protocolle aufgestellten besonderen Normen nicht gebunden, vielmehr in der einen wie in der anderen Beziehung seinem Ermessen volle Freiheit gelassen, mit der einzigen Einschränkung, daß

3) in jedem Falle im Protocolle ausdrücklich zu erwähnen ist, entweder, daß die Person des Anbringens bei dem Amte oder Gerichte hinlänglich bekannt sei, oder, daß derselbe sich als denjenigen, für den er sich ausgiebt, auf glaubhafte Weise legitimirt habe.

Digitized by Google

Nach S. 493 sollen nun obige Nationen jedenfalls mit dem Satze unter Nr. 3, nach Befinden aber auch, „wenn man die Worte „„durch Zeugen"" betont", mit dem unter Nr. 1 in Widerspruch treten.

Wie wir nun mit den Sätzen unter Nr. 1 und 2 vollkommen einverstanden sind, so ist uns auch nicht erfindlich, wie ein Widerspruch des Präjudizes mit dem Satze unter Nr. 1, selbst bei willkürlicher Betonung*) des einen oder anderen Wortes, folgen solle. Es berührt den Satz unter Nr. 1 gar nicht, sondern nur den unter Nr. 2 und zwar mit diesem conform.

Dagegen hat es seine vollkommene Richtigkeit, daß das Präjudiz nicht mit dem Satze unter Nr. 3 stimmt. Es würde aber auch dieser Satz, wäre er in dem Sinne richtig, daß von dessen Befolgung die volle Gültigkeit des Protocolles irgendwie abhienge, theils die bei weitem größte Zahl aller existirenden Protocolle ungültig machen, weil bei ihnen die Vorschrift des Satzes nicht beobachtet ist, theils zu nicht empfehlenswerthen Weiterungen führen, worüber unten noch Einiges zu bemerken ist.

Wie rechtfertigt nun unser Gegner diesen Satz Nr. 3? Wir bedauern, eine uns irgend plausibel erscheinende Rechtfertigung einer so folgenschweren Behauptung nicht aufzufinden. Daß eine dahin gehende Vorschrift nicht in ausdrücklichen Gesetzesworten enthalten, ist S. 487, ebenso aber S. 493 zugegeben, daß noch weniger eine Disposition vorhanden, welche als Folgen einer solchen Unterlassung Nichtigkeit des Protocolles oder einen anderen Nachtheil in Aussicht stelle. Woher soll aber jene Vorschrift folgen?

---

*) Wir müssen noch darauf aufmerksam machen, daß die S. 493 Z. 15 und 16 ausgehobenen Worte im Präjudize nicht ausgehoben sind, vielmehr dem Leser überlassen ist, die Betonung dem Zusammenhange nach angemessen zu bewirken. U. E. würde der Ton lediglich auf dem Worte „Form" (S. 492 Z. 17 — im Präjudize S. 243 Z. 1 von unten — oben S. 2 Z. 28) zu ruhen haben.

Digitized by Google

Sie soll folgen nach S. 487 „ebenso sehr aus dem Zwecke der gerichtlichen Amtsthätigkeit, als z. B. die Pflicht, das Protocoll in deutscher, nicht in griechischer oder lateinischer Sprache aufzunehmen". Wir wissen nicht, ob dieses Beispiel ein glückliches, namentlich ob es ein schlagendes ist. Ganz zu geschweigen, daß wenigstens in Betreff der lateinischen Sprache früher ein Anderes angenommen worden sein mag, daß ferner in der S. 488 angezogenen Notariatsordnung vom 3. Juni 1859 die, also nicht für selbstverständlich erachtete, Vorschrift §. 28 enthalten, daß die Verhandlung vor dem Notare und die Abfassung des Protocolles in deutscher Sprache zu geschehen habe, daneben aber §. 34 sogar die Füglichkeit der Instrumentirung in einer fremden Sprache vorgesehen und geordnet ist, so würde in den meisten Fällen allerdings der Zweck des Protocolles vereitelt werden, wollte es der Richter in einer nur ihm, nicht aber den Scabinen, den Parteien und den künftigen Lesern geläufigen Sprache aufnehmen. Allein daß hieraus ein Schluß auf die Nothwendigkeit der in Frage stehenden Wissenschaftsquellenbekundung zu ziehen, wird sich um so weniger als ein Postulat der Logik geltend machen lassen, je mehre Tausende, ja vielleicht Millionen Protocolle in deutscher Sprache ohne eine solche Bedeutung abgefaßt, anstandslos für zweckentsprechend befunden worden sind. Werden aber unsere Zweifel vielleicht von unserem Gegner durch einen tüchtigen Beweisgrund geschlagen? Er fährt fort: „Denn der Richter kann für seine Zeugnisse und Beurkundungen rücksichtlich thatsächlicher Verhältnisse nur so weit vollen Glauben in Anspruch nehmen, als diese durch actenkundige amtliche Erörterungen außer Zweifel gesetzt sind". So richtig dieser Satz wiederum im Allgemeinen ist, so wollen wir doch an dem angeschlossenen Beispiele erproben, ob er streng wörtlich, wie es für unseres Gegners Zweck erforderlich ist, aufgefaßt werden darf. „Und wie es von keiner Seite bezweifelt wird", fährt nämlich unser Gegner fort, „daß da, wo es Behufs der Ermittelung eines örtlichen Verhältnisses einer Local-

Digitized by Google

besichtigung bedarf, der Richter verbunden sei, zum Protocolle zu bemerken, daß er diese wirklich veranstaltet und was er dabei wahrgenommen habe, so sollte auch nicht in Zweifel gezogen werden, ob der Richter verbunden sei, im Protocolle darüber Auskunft zu geben, daß er zu der Ueberzeugung gelangt sei, es sei ein Comparent nicht unter erborgtem Namen vor Gericht erschienen. Denn die Frage: ob eine Person, welche vor Gericht erscheint, wirklich diejenige Person sei, für welche sie sich ausgiebt, ist eine rein thatsächliche". Prüfen wir nach dem strengen Maßstabe der Regel: daß der Richter für Beurkundungen thatsächlicher Verhältnisse nur so weit vollen Glauben in Anspruch nehmen könne, als diese durch actenkundige amtliche Erörterungen außer Zweifel gesetzt seien, ein Protocollformular über eine Grenzbeziehung und Verlaagung, welches von dem von unserem Gegner S. 488 bezogenen v. Trützschler in dem daselbst gedachten Werke Bd. I., S. 451 als Muster gegeben ist. Das Protocoll beginnt: „Actum Themishain, am 10. September 1862"*). Gleich in diesen ersten Worten werden zwei thatsächliche Verhältnisse beurkundet, für welche wir in unseres Gegners Sinne actenkundige amtliche Erörterung vermissen. Woher weiß der Verfasser des Protocolles, daß der Ort, wo er protocollirt, welcher aber nicht sein Wohnort ist, sondern wohin er nach vielleicht mehrstündiger Fahrt gelangt, Themishain ist? Woher weiß er, daß der Tag der 10. September 1862 ist? Daß ihm der Ort bekannt, dafür spricht gewiß keine stärkere Vermuthung, als daß ihm seine Requirenten von Person bekannt, und daß man sich im Datum irrt, davon kommen täglich Beispiele vor. Wir gelangen zu der Stelle: „habe ich ꝛc. die Herren N(eander) und N(eumann) mir zu Zeugen bei dieser Handlung erbeten". Woher weiß der Subrequirent, daß die betreffenden Personen die Herren Neander und Neumann sind?

*) Wir substituiren hier und unten Namen den Buchstaben und suppliren das Datum.

Digitized by Google

Doch heutzutage würde der Notar vielleicht in Berücksichtigung der Bestimmung des §. 18 der N. O. gesagt haben: die mir von Person bekannten Herren ꝛc. Allein dadurch kommt man nach unserer Regel um keinen Schritt weiter, denn es bedarf der actenkundigen Erörterung, woher ihm diese Herren persönlich bekannt sind. Es folgt die Bemerkung, daß Notar und Zeugen bei ihrer Ankunft in Themishain folgende Personen gegenwärtig gefunden:

a) den Herrn Major Friedrich von Maltitz, Erblehn- und Gerichtsherrn auf Themishain,

b) den Herrn Forstmeister Wilhelm von Niesemeuschel, Erb-, Lehn- und Gerichtsherrn auf Oderwitz ꝛc."

Daß das nicht genüge, behauptet eben unser Herr Gegner, und es wird nur später zu erörtern sein, wie sein Autor einen solchen Fehler begehen konnte. Wir kommen zu den Worten: „den anwesenden verpflichteten Feldmesser Herrn Nathusius". Woher weiß der Protocollant, daß dies Herr Nathusius, daß er Feldmesser, daß er sogar verpflichteter Feldmesser ist? Doch vielleicht gehört dies nicht zu den thatsächlichen Verhältnissen. Gewiß aber sind es thatsächliche Verhältnisse, daß der große Teich „der Schwanenteich heißt" und „zum Rittergute Themishain gehört", daß ein Stein „in gerader Linie mittagswärts liege". Wir sagen u. s. w. u. s. w. — damit wir unsere Leser nicht durch zu viele Fragen zum Tod ermüden, und weisen nur noch darauf hin, daß, wenn auch der Protocollant bemüht wäre, uns für jede thatsächliche Behauptung die nächste Wissenschaftsquelle im Protocolle zu bemerken, doch jede solche Auskunft wieder dem zweifelsüchtigen Frager vermehrte Gelegenheit zur Quellenforschung bietet, so daß man wohl sagen kann, es sei die Mythe von der Lernäischen Schlange, welcher aus jedem des Hauptes beraubten Halse zwei neue Häupter erwachsen, das Warnungssymbol gegen zu große Scrupulosität im Felde correcter Protocollführung. Des Hercules Brandfackel zu Beseitigung des Nachwuchses zu benutzen, dürfte aus polizeilichen und sonstigen

Digitized by Google

Gründen unthunlich sein, und wir können daher vor der Hand nur andeutungsweise den Rath geben, im Protocolle alles zu vermeiden, was nicht zu thatsächlicher Feststellung des Hauptgegenstandes der Verhandlung gehört und nicht als Form ausdrücklich vorgeschrieben ist, vielmehr von der praesumtio legalitatis einen weisen Gebrauch zu machen.

Indem wir uns weiter gegen die Annahme verwahren, als gehörten wir zu den S. 487 Bezeichneten, welche angeblich „die Präsumtion geltend machen wollen, daß Jeder, welcher vor Gericht tritt, um einen gerichtlichen Act vorzunehmen, bis zum Beweise des Gegentheils als dem Richter persönlich bekannt angesehen werden müsse", wollen wir uns gern zu der Präsumtion bekennen: daß der Richter, wenn er schlechthin eine Person im Protocolle, als vor ihm erschienen ꝛc. aufführt, nicht nur sich keines Grundes bewußt gewesen ist, an deren Identität zu zweifeln, sondern auch Gründe, und zwar der in ihm vermöge seiner richterlichen Stellung vorauszusetzenden Dexterität nicht unangemessene, gehabt hat, solche positiv anzunehmen. Diese Präsumtion ist nämlich ein Abzweig der praesumtio legalitatis.

Unser Gegner führt uns S. 488 auch Auctoritäten vor. Puchta's Name würde uns weniger gelten, weil sich, wenn auch z. B. in der zweiten Ausgabe des Handbuchs §. 123 S. 341 (die S. 488 bezogene erste besitzen wir nicht), das Beispiel eines Quittungsprotocolles*) findet, wo der Actuar bekundet, daß Comparent „dem Landrichter von Person wohlbekannt, auch hinsichtlich seiner Dispositionsfähigkeit kein Hinderniß bekannt" sei, doch hier nicht übersehen werden kann, inwiefern dies auf einem jenem Verfasser geläufigen Bayrischen Formalismus oder auf sonst einem Umstande, vielleicht eben dem beruht, daß der Actuar den Comparenten nicht gekannt. Dagegen bedauern wir, von v. Trützschler's Anweisung ꝛc. zwar die

*) Daß dasselbe aus dem Leben gegriffen, mögen wir nach dessen Stylisirung nicht bezweifeln.

Digitized by Google

S. 488 bezogene 3. Ausgabe, jedoch offenbar einen Abdruck zu besitzen, welcher mit dem von unserem Gegner benutzten nicht harmonirt, da er, was Letzterem, nach seiner scharfen Auffassung und diplomatischen Gewissenhaftigkeit, nicht entgangen sein würde, wenn unser Abdruck mit dem seinen identisch, gerade das Gegentheil von dem enthält, was aus ihm folgen soll. Während nämlich unser Gegner es als etwas von den betreffenden Schriftstellern als selbstverständlich Bezeichnetes anführt, daß der Richter sich von der Personenidentität der Comparenten überzeugen „und dieser seiner, entweder durch eigene persönliche Bekanntschaft, oder durch Anerkennung glaubhafter Personen erlangten Ueberzeugung im Protocolle, so gleich bei der Aufführung der Comparenten nach Namen, Stand und Charakter Erwähnung thun müsse", lesen wir in unserem Abdrucke Bd. I., S. 13 Folgendes:

> Es versteht sich im übrigen von selbst, daß das judicium bei Anbringung eines solchen Geschäfts gewiß sein müsse, daß die sich anmeldenden Interessenten auch wirklich diejenigen Personen sind, für welche sie sich ausgeben, und im zweifelhaften Falle muß daher eine recognitio personarum, welche durch die Gerichtspersonen oder andere bei der Gerichtsstelle bekannte glaubwürdige Leute, denen die Anbringer persönlich genugsam bekannt, bewirkt und davon Nachricht zu den Acten gebracht wird, vorausgehen.

Man ersieht nicht unschwer und belegte dies auch u. a. das oben gegebene Beispiel eines Berainungsprotocolles, daß v. Trützschler nicht für den Fall, wo der Richter keinen Zweifel an der Identität hat, sondern für den, wo der Richter für den Mangel des Zweifels keinen subjectiven Grund hat, die recognitio personarum und deren Beurkundung im Protocoll verlangt. Die Wortfassung, „daß das judicium — d. i. wohl hier zunächst der judex, da die Gerichtspersonen „im zweifelhaften Falle" aushelfen — ꝛc. gewiß sein müsse ꝛc.", giebt einen

Digitized by Google

ganz anderen Sinn, als das Requisit der persönlichen Bekanntschaft des Richters mit dem Comparenten, und die für den zweifelhaften Fall verlangte „Nachricht zu den Acten" ist, wie sich aus dem not. e. citirten §. 103 (Bd. I., S. 174 not. d.) ergiebt, mehr eine dem Richter anempfohlene Clausel zu Wahrung seines eigenen Interesses, als nach des Autors Ansicht ein Essentiale.

Die zeither beleuchteten Gründe scheinen selbst unserem Gegner nicht als die gewichtigsten zu gelten. Denn er glaubt S. 488 „ganz in's Besondere" für seinen Zweck auf die Bestimmungen der N. O. v. 3. Juni 1859 §. 13, 21, 27 und 64 verweisen zu dürfen, wo allerdings eine seinen Intentionen entsprechende Norm gegeben ist.

Allein Notariatsordnungen enthalten eine Menge Formvorschriften, welche, insofern sie nicht mit ausdrücklichen Formvorschriften für den Richter conform gehen, für Letzteren eben als Normen nicht analog geltend gemacht werden können. Es ist nicht dieses Orts die Nothwendigkeit und Zweckmäßigkeit dieser minutiösen Regeln zu prüfen, jeden Falles dürfte es nicht unbekannt sein, wie sehr sich die Notare durch solche in ihrer Thätigkeit gehemmt erachten, und es würde gewiß weder der Justiz, noch dem Publikum ein Dienst erwiesen, wenn man auf eine Ausdehnung der Tragweite jener Normen auf die gerichtliche Thätigkeit Bedacht nehmen wollte. Es waltet aber auch zwischen Notaren und Gerichten insofern ein wesentlicher Unterschied statt, als der Notar keine Gerichtsbefohlenen hat, während der Richter in der Regel mit solchen verkehrt. Daß aber der Gesetzgeber auf die durch die Ausdehnung der Gerichtsbezirke allerdings erschwerte Bekanntschaft des Richters oder der Gerichtssubalternen mit den Gerichtsbefohlenen einiges Gewicht gelegt habe, erhellt daraus, daß er, abgesehen von den Fällen der Recognitionsregistraturen, — die wenigstens häufig von Personen, die nicht huius fori sind, jeden Falles aber unter Umständen, wo dem Richter nicht in gleicher Maße, wie in vor ihm an-

Digitized by Google

hängigen Sachen die Füglichkeit geboten ist, aus besonderen Momenten, z. B. wie S. 490 bemerkt, dem Besitze der Ladung u. s. w. sich der Personenidentität zu vergewissern, erbeten werden, — in den Fällen der Verordnung der Landesregierung vom 21. März 1820, die Beobachtung der Formvorschriften des Mandats vom 27. September 1819 ausdrücklich vorzuschreiben, für nöthig erachtet hat.

Im Uebrigen ist nicht blos auf dem Felde der freiwilligen Gerichtsbarkeit, wie S. 489 hervorgehoben ist, das Bedürfniß sorgfältiger Feststellung der Personidentität vorhanden — wie denn ein Rückschluß von der N. O. auf solche deshalb ein verfehlter sein würde, weil eben i. Z. nur Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit den Notaren anheim fallen — sondern ebenso sehr bei allen Verhandlungen der streitigen Gerichtsbarkeit, weil hier ebenso wie bei jenen durch betrügerische Einschmuggelung von angeblichen Parteien, Zeugen u. s. w. die wesentlichsten Verletzungen von Parteirechten entstehen können.

Wird nun S. 389 weiter geprüft: ob „die übliche Aufführung der Comparenten" im Eingange der Protocolle: „an Gerichtsamtsstelle erscheint Carl Friedrich Müller" auch ohne den Zusatz „in dem unterzeichneten Richter bekannter Person" die Stelle eines ausdrücklichen Identitätszeugnisses zu vertreten geeignet sei? und glaubt dies unser Gegner nicht, so sind wir anderer Ansicht. Die Worte „erscheint N. N." sind nämlich zwar nicht der Versicherung „in dem Richter bekannter Person" gleichzustellen, enthalten aber die stillschweigende Versicherung, daß der Richter sich der Negative der Existenz von Zweifeln gegen die Personenidentität bewußt ist. Wäre es anders, so würde in jener Niederschrift eine Pflichtvernachlässigung liegen, und da solche eben bei einem Richter nicht zu präsumiren ist, vielmehr die Vermuthung für das pflichtmäßige Verhalten sogar gesetzliche Stützen hat,*) so dürfen jene Worte eben nicht in dem

*) c. 23 X. de electione (I. 6.): et pro his, quae a judice sunt acta, praesumitur, quod omnia rite fuerint celebrata — c. 6 X. de renunciat.

Digitized by Google

Sinne „erscheint Jemand, der sich für N. N. ausgegeben hat", sondern nur so verstanden werden, daß in ihnen eben eine Versicherung des nicht Vorhandenseins von Identitätszweifeln liegt.

Hierbei sind noch die S. 494 eventuell Dritten in den Mund gelegten Bedenken gegen unsere Ansicht zu gedenken. Die praesumtio legalitatis für nicht anwendbar zu erachten, „weil bereits feststehe, daß der Richter nicht in jeder Beziehung und namentlich nicht bei Abfassung des Protocolles seine Schuldigkeit gethan, vielmehr darin unerwähnt gelassen habe, was darin nothwendig hätte erwähnt werden sollen", involvirt offenbar eine petitio principii. Es müßte, sollte dies zutreffend sein, bereits bewiesen sein, daß das Erforderniß unter Nr. 3 (oben S. 3) ein gesetzliches oder sonst anzuerkennendes sei. Was aber aus den Schlußbestimmungen des §. 11 des Mand. von 1804, wonach bei Nichtbeobachtung „der erforderlichen Legalität und Behutsamkeit" dem Richter Schädenansprüche, Strafen und Kostenrückstellung in Aussicht gestellt sind, für die Nothwendigkeit der Verlautbarung der Quelle der Identitätswissenschaft folgen soll, ist nicht klar, da zwar die praesumtio legalitatis durch den Beweis des Gegentheiles im concreten Falle erschüttert, und die Unrichtigkeit des Protocolles nachgewiesen werden kann, dies jedoch nicht Folge der unterlassenen Verlautbarung, sondern des Umstandes ist, daß eine i. Z. vom Richter verschuldete Täuschung desselben ausgeführt worden ist.

Wir sind hier an dem Punkte angelangt, wo sich die Rechtfertigung der Behauptung anschließen läßt, daß eine Aenderung der Praxis in dem Sinne des Gegners nicht einmal zweckmäßig ist und die Umgehung der Formen des Recognitionsmandats in durch dasselbe nicht betroffenen Fällen politisch sein kann.

Nach den jetzigen Verhältnissen sind die wenigsten Comparenten dem Richter persönlich bekannt, wie dieser Ausdruck im

(I. 9.) et tanta sit judicialis auctoritas, ut semper pro ipso praesumi debeat, donec contra ipsum aliquid legitime comprobetur.

Digitized by Google

Sinne des Recognitionsmandates zu verstehen ist. Sie sind aber auch zumeist nicht einmal einem der Gerichtsbeisitzer in diesem Sinne bekannt, wogegen sie leichter noch einem Gerichtswachtmeister oder Gerichtsboten insoweit bekannt sein können, daß er deren Identität dem Richter bestätigen kann. Wäre auch dies nicht der Fall, so wird sich nach Befinden Gelegenheit bieten, die Personalkenntniß eines an Gerichtsstelle anwesenden Sachwalters oder sonstiger Privaten zu Beseitigung von Identitätszweifeln zu benutzen. Denn wie der Begriff der Gewißheit der Identität ein sehr schwer zu fixirender ist, wie jedoch die meisten Gesetzgebungen, auch wo es sich um Formalgesetze handelt, von den gewöhnlichen Beweisregeln insofern abweichen, als sie zwei unverdächtige Zeugen unvereidet als genügend erachten*), wie sogar anderwärts ein Recognitionszeuge als hinreichend angesehen werden soll**), so wird für den Richter, dessen eigenes pecuniäres Interesse bei jeder Identitätsversicherung — so weit er nicht bei Handlungen in Gemäßheit eines Formalgesetzes schon durch die stricte Befolgung der vorgeschriebenen Form gedeckt ist — in Frage kommt, und dem daher bei Auswahl der Mittel zu Erlangung subjectiver Ueberzeugung ein freierer Spielraum gelassen werden muß, es häufig ebenso überzeugend sein, wenn ein ihm als zuverlässig bekannter Privatmann die Identität bestätigt, als wenn die Bestätigung dem Recognitionsmandate entsprechend, durch einen Gerichtsbeisitzer oder zwei Zeugen, oder einen Paß***) erfolgt. Wollte nun in

*) Merkel, das Notariat und die willkürliche Gerichtsbarkeit. L. 1860, S. 42 not. 177.

**) Meerkatz, freiwillige Gerichtsbarkeit, B. 1843, §. 22. (Merkel, a. a. O.)

***) Diese nach §. 1 und 6 des Mandates zulässige und nach der Verordnung vom 18. Novbr. 1861 Ic. auch auf Paßkarten extendirte Modalität des Identitätsnachweises macht den Richtern hin und wieder Scrupel, welche nach den stricten Worten jener Bestimmungen häufig nicht ganz unberechtigt sein mögen. Wir gestatten uns, hierbei darauf aufmerksam zu machen, daß mehr noch als die häufig etwas vage Personalbeschreibung auf dem betreffenden

Digitized by Google

einem solchen Falle (eines Protocolles außerhalb der eigentlichen Recognitionsregistraturen oder der Verordnung vom 21. März 1820) der Richter protocolliren: heute erscheint in dem unterzeichneten Richter bekannter Person ꝛc., so würde er unseres Erachtens Etwas schreiben, was dem gewöhnlichen Wortsinne nicht entspricht, wie denn auch in eigentlichen Recognitionsfällen es für regelwidrig gehalten werden und u. E. sein würde, wenn er sich dieser Ausdrucksweise dann bediente, wenn der den Recognoscenten begleitende Sachwalter diesen als Herrn N. N. dem Richter unmittelbar vor dem Recognitionsacte vorgestellt hat, da dies auf eine Umgehung des Requisites zweier glaubhafter Recognitionszeugen hinauskommen würde. Wollte er dagegen die Quelle seiner subjectiven Ueberzeugung im Protocoll offenbaren, so würde diese Form gerade Veranlassung zu Ausstellungen in Prozeßfällen bieten, da man einhalten würde, der Richter habe sich durch diese Angabe der Quelle der Identitätsversicherung den Rücken frei halten wollen, es sei aber diese Quelle keine in den Rechten ausreichend anerkannte. Wollte aber endlich der Richter in allen — nicht den bemerkten Formalacten angehörigen — Fällen, wo er nicht in der Lage persönlicher Bekanntschaft mit dem Comparenten oder der Benutzung der Ideutentitätsversicherung eines Scabinen ist, auf die Herbeiziehung zweier ihm bekannter glaubhafter Identitätszeugen oder Herbeischaffung einer sonst zulässigen Legitimation bestehen, so würde er dadurch den Geschäftsgang auf eine von dem Publikum nicht mit Unrecht als beschwerend zu bezeichnende Weise hemmen. Es kommt A., um eine Klage anzubringen, oder wenn diese angebracht und ausgefertigt ist, um den Termin abzuwarten,

---

Legitimationspapier, die Vergleichung der Namensunterschriften unter der Urkunde und dem Signalement das beste Anhalten für Lösung der Identitätsfrage bietet. Differiren diese, wie es vorkommt, in der Schriftart (lateinisch und deutsch), so wird der Producent zu veranlassen sein — natürlich ohne Ansicht das Legitimationspapier — seinen Namen in der auf dieser benutzten Schriftart in Gegenwart des Richters zu zeichnen.

Digitized by Google

oder es kommt der Beklagte B. oder der juraturus C. ohne den Bestellzettel oder die Ladung mitzubringen, was bekanntlich nirgends vorgeschrieben ist. Soll der Richter in Mangel ausdrücklichen Bedenkens, wenn sie jedoch weder ihm, noch einem Scabinen persönlich bekannt, noch der Bote, der sie bestellt, anwesend ist, Recognitionszeugen fordern und, bis diese gebracht worden, jene zurückweisen? Soll er etwa vorbehältlich der Identitätsnachbringung verhandeln? Die Anerkennung Seiten des Gegners giebt keine größere Garantie, als daß eventuell zwei Personen wegen Betrugs in Untersuchung kommen. Größere oder geringere Vermögensinteressen stehen fast immer auf dem Spiele. Man muß also im Interesse der Rechtspflege dem Richter den Weg offen halten, in allen Fällen, wo es sich nicht um Formalacte handelt, seinen Mangel subjectiver Zweifel in der ihn doch eintretenden Falles regreßpflichtig machenden Form „an Gerichtsamtsstelle erscheint N. N." auszudrücken, wenn auch in dieser unser Gegner S. 489 eine Umgehung der Frage erblickt.

Und warum will unser Gegner die Minutien des Formalactes? warum rechtet er mit der Ansicht des Oberappellationsgerichts, welche in dem S. 491 bezeichneten Falle zu Geltung gelangt ist? In diesem (S. 491): weil anscheinend einer sächsischen Gerichtsbehörde ein Versehen zum Vorwurfe gemacht worden zu sein scheine, welches sonst nur in Romanen eine Rolle zu spielen pflege; im Allgemeinen (S. 492): weil in neuester Zeit mehrfache Fälle der Täuschung des Richters in Betreff der Identitätsfrage zur gerichtlichen Verhandlung gekommen, und weil er in dem Festhalten an der von ihm gegebenen drei Cardinalsätzen, namentlich also an dem dritten, da die übrigen nirgends bestritten werden, ein Palladium gegen solche Vorkommnisse erblickt.

In dem concreten Falle war die materielle Richtigkeit des Protocolles direct gar nicht bestritten; was aber die Beziehung der Romanliteratur anlangt, so vermögen wir deren Bezüglichkeit nicht zu erklären; das bemerkte Palladium dagegen würden wir

Digitized by Google

in der Beobachtung der strengen Recognitionsregistraturformen zu finden Bedenken tragen, da, wie aus der Verordnung vom 16. Mai 1851 (G.= u. V.=Bl. S. 147) erhellt, nicht die nackte Beobachtung der Formvorschriften des Mandates vor Täuschungen schützt, sondern alles auf die Umsicht des Richters ankommt.

Man könnte fragen: warum bedurfte es da der Formvorschriften? Fast möchten wir sagen, um den Richter in den Stand zu setzen, seinen etwaigen subjectiven Bedenken Geltung zu verschaffen, ohne den Comparenten auch nur einen scheinbaren Grund der Beschwerde über den Mangel an Geschäftscoulance und über peinliche Scrupulosität zu bieten. Am Platze aber waren sie gerade bei den Recognitionsregistraturen unter diesem Gesichtspunkte, weil bei ihnen der Fall am häufigsten vorkommt, daß Personen, welche nicht huius fori, sind, verhandeln wollen, und weil gerade bei ihnen eine Mehrzahl kleiner Hilfsmittel nicht vorzuliegen pflegen, die dem Richter für Fälle anderer Branchen behufs Prüfung der Identität der Comparenten ohne ostensibele Recherchen zu Gebote stehen; endlich weil die betreffenden Urkunden in vielen Fällen für einen Richter gelten sollen, welcher nicht Gelegenheit hat, sich mit dem Erscheinenden zu unterhalten, und welchem daher die Gelegenheit abgeschnitten ist, sich selbst factisch von der Personenidentität zu überzeugen.

Wir kommen schließlich zu einem Punkte, den an die Spitze zu stellen wir deshalb unterlassen durften, weil unser Gegner, wie gedacht, bei diesem mit uns einverstanden ist, nämlich zum Gesetzpunkte, und zwar zu dem Zwecke, um den Nachweis zu versuchen, daß aus der Haltung des Gesetzgebers Einverständniß mit unserer Auffassung gefolgert werden muß.

Die Hauptstelle für die Lehre von den Protocollen ist bekanntlich §. 6 der Erl. Proz.=Ordn. ad Tit. II. Hier ist von irgend welcher Anweisung des Protocollführers wegen Constatirung der Personenidentität Etwas nicht zu finden. Es konnte diese Frage aber auch nach den damaligen Verhältnissen kaum

Digitized by Google

von Gewicht werden. Der größte Theil der Gerichtsbarkeit war patrimoniale. Auf dem Lande kannten, wie zumeist der Gerichtsverwalter einen guten Theil, so unfehlbar die Gerichtspersonen alle Gerichtsbefohlenen. In den Städten, wo damals noch Justiz und Verwaltungsangelegenheiten bei demselben Collegium expedirt wurden, fand annähernd dasselbe Verhältniß statt. Der Rath kannte seine Bürger, und wen die Rathsherren nicht kannten, den kannte der Stockmeister; die Frauen konnten in der Regel nur mit Geschlechtsvormündern an Gerichtsstelle thätig werden. Die churfürstlichen Aemter waren im Wesentlichen nur größere Landgerichte des Landesherrn, wo dasselbe Verhältniß, wie bei den ländlichen Patrimonialgerichten, vorwaltete. Honoratioren waren den Senatoren und Präfecten bekannt. Noch Andere versirten vermöge der vielen privilegirten Gerichtsstände vor einer curia parium u. s. w. Der Geschäftskreis der Notare war damals ein sehr weiter, wenn auch anscheinend kein sehr belebter. Speciell sächsische Formvorschriften für die Gerichte in Betreff der Recognitionsregistraturen existirten für diese gar nicht. Als daher im Jahre 1804 in Folge übler Wahrnehmungen, die man hinsichtlich der Amtirung einiger Notare gemacht, der Erlaß des Mandates vom 1. März, die Einschränkung der Notariatshandlungen betr., erforderlich erschien und den Notaren insbesondere die Abfassung von Recognitionsregistraturen und dergleichen gänzlich verboten und dieser Geschäftszweig lediglich den Gerichten überwiesen wurde, erschien es nicht erforderlich, besondere Formen vorzuschreiben, jedoch zweckmäßig in Anlaß der bei Notaren gemachten Erfahrungen, insbesondere wohl der im Eingange des Mandates berührten Fälle, wo das Falsum nicht einem dolus des Notars zugerechnet werden wollte, jedennoch jedenfalls auf „unverantwortliche Nachlässigkeit und Unvorsichtigkeit" hinauslief, auch den Gerichten eine allgemeine Warnung vor derartigen Täuschungen durch Betrüger zugehen zu lassen.

„Wir versehen Uns hierbei", heißt es in §. 11, „zu Unsern Aemtern und sämmtlichen Gerichten in Städten und auf dem

Digitized by Google

Lande, daß sie besonders bei abzufassenden Recognitions-, sowie bei anderen Registraturen, wodurch eine Verbindlichkeit der vor Ihnen erscheinenden Interessenten, oder eine Uebertragung oder Aufhebung ihrer Rechte beurkundet werden soll, oder welche die Errichtung eines letzten Willens zum Gegenstande haben, alle erforderliche Legalität und Behutsamkeit beobachten und dergleichen Registraturen anderergestalt nicht fertigen werden, als wenn entweder die Personen des Recognoscenten oder Anbringers bei dem Amte oder Gerichte hinlänglich bekannt ist, oder derselbe sich als denjenigen, für den er sich angiebt, auf glaubhafte Art legitimirt."

Hier ist also nichts Neues eingeführt, sondern nur das Selbstverständliche und zwar nicht blos in Bezug auf Recognitionsregistraturen, sondern, damit nicht etwa aus der alleinigen Aufführung dieser ein argumentum a contrario hinsichtlich anderer Acte hergeleitet werden möge, im Allgemeinen in Erinnerung gebracht. Eine Formvorschrift ist also hier noch nicht gegeben.

Welches nun der nächste Anlaß zu Emanirung des Mandates vom 17. Septbr. 1819 gewesen, mag hier unerörtert bleiben. Nicht ohne Einfluß darauf war jedenfalls die Vermehrung des Verkehrs und das Wachsthum der Einwohner, namentlich der Bewohner der großen Städte, in den Friedensjahren. So viel erhellt aus dessen Tenor klar, daß darin für Recognitionsregistraturen Formvorschriften gegeben sind, indem man die Anordnungen der speciell für diese ertheilten Formalanweisung betreffs der Constatirung der Identität dadurch zu einer Formalbestimmung im engern Sinne erhob, daß man in §. 9 jenen nicht entsprechend abgefaßten Registraturen die Eigenschaft absprach, das Privatdocument zum documentum publicum zu erheben. Es wäre nicht zu rechtfertigen, wenn man annehmen wollte, daß dem Gesetzgeber im Jahre 1819 die Vorsicht fern gelegen, welche er im Jahre 1804 in einem weit weniger prägnanten Falle für nothwendig erachtet, um das argumentum

Digitized by Google

a contrario auszuschließen, dafern es dessen Absicht gewesen, durch die Formvorschriften des Mandates von 1819, sei es auch nur wegen Beurkundung der Quelle der Identitätskenntniß des Richters, die Fälle insgesammt zu treffen, welche in §. 4 des Mandates von 1804 aufgeführt sind. Vielmehr muß u. E. dem Wortlaute entsprechend auch aus der Vermuthung für die Bedachtsamkeit des Gesetzgebers gefolgert werden, daß er eben nur in Betreff der durch den Wortlaut getroffenen Gattung von Registraturen eine Aenderung gegen das Mandat von 1804 einzuführen gedachte. Es folgt aber auch diese Tendenz mit Nothwendigkeit aus dem Inhalte des oben berührten §. 9. Das Präjudiz, daß die betreffende Urkunde bei Vernachlässigung „obiger Vorschriften" der eidlichen Diffession unterworfen sein solle, paßt nur auf Documente, für welche, abgesehen von der Recognitionsregistratur, Recognition oder Diffession gefordert werden könnte und müßte. Dies trifft aber nach klarer Vorschrift der Dec. 74 v. 1661 und der Erl. Proz.-Ordn. ad Tit. XXV. §. 2 nur eigentliche Privaturkunden, nicht aber „gerichtliche Instrumente" oder „gerichtliche Acta und Instrumenta, so entweder über einen vor Gerichte getroffenen Handel gefertigt und abgefaßt, oder auch denen Gerichten von denen contrahirenden Theilen gebührend vorgetragen, oder daselbst entweder confirmirt und bestätigt, oder denen Actis publicis einverleibt worden," oder endlich solche Registraturen, auf welche die Finalbestimmung des §. 6 der Erl. Proz.-Ordn. ad Tit. II. Anwendung leidet.

Die gleiche Tendenz, die für Recognitionsregistraturen gegebenen Formvorschriften, als nur für diese gültig zu erachten, folgt aus den Dispositionen der mehrberegten Verordnung der Landesregierung vom 21. März 1820 §. 6 jcto §. 11, sowohl aus den ebenfalls erwähnten Verordnungen des Justizministerii vom 16. Mai 1851 und 18. November 1861, hinsichtlich deren letzterer nur noch zu gedenken, daß solche im Eingange ebenfalls den Diffessionspunkt urgirt, und daß, wie man anzunehmen hatte, es enthalte das Mandat von 1819 keine Form-

Digitized by Google

vorschriften für die Ausdrucksweise der betr. Registratur,*) nunmehr das Ministerium auch hierunter specielle Normen zu ertheilen für angemessen befunden hat, deren Nichtbefolgung die §. IV. in fine geordneten Disciplinarbußen nach sich zieht.

Wir beschließen unsere Abwehr mit der Zusammenstellung ihrer Ergebnisse:

1) Der Richter ist in allen Fällen, wo er im Protocolle das Erscheinen einer Person an Gerichtsstelle oder vor dem Protocolle zu verlautbaren hat, verpflichtet, sich der Personenidentität angemessen zu vergewissern.

2) In den durch das Mandat vom 27. September 1819 (beziehentlich in der Verordnung vom 21. März 1820) vorgesehenen Fällen ist diese Vergewisserung auf die darin vorgezeichneten Quellen beschränkt und eine Verlautbarung, wonach sich das Vorhandensein dieser Quellen mit Sicherheit annehmen läßt, eine Formvorschrift aus deren Nichtbefolgung Ungültigkeit des betreffenden Actes, nämlich so viel folgt, daß das Document, ungeachtet der gerichtlichen Recognition, der Diffession unterworfen bleibt.

3) In allen anderen Fällen entzieht der Mangel der Quellenangabe dem Protocolle Etwas an seiner Eigenschaft als documentum publicum nicht. Vielmehr ist

4) bis zum Beweise des Gegentheiles zu vermuthen, daß die in der Verlautbarung des Erscheinens einer Person vor den Acten liegende Identitätsversicherung eine auf pflichtmäßiger Erwägung der Verhältnisse fußende sei.

5) Dieser Gegenbeweis ist nur dann von Gewicht, wenn die Nichtidentität des betreffenden Comparenten nachgewiesen werden kann.

6) Der Richter ist für die Resultate seiner Cognition in Betreff der Identitätsfrage im Allgemeinen verantwortlich, insofern er nicht — wie wir als unsere Privatmeinung bei-

*) Annalen Bd. II., S. 525.

Digitized by Google

fügen — unverschuldet getäuscht worden, wie dies jeder Zeit dann anzunehmen, wenn den strengen Formalschriften des Mandates von 1819 Genüge geschehen ist.

7) Der Richter hat aber auch — nach unserer Meinung — als einen Ausfluß seines schwierigen Amtes die Pflicht zu erachten, bei Behandlung der Identitätsfrage in allen nicht nach dem Recognitionsmandate zu beurtheilenden Fällen mit thunlichster Coulanz zu verfahren, und seine Anforderungen hierunter an die Comparenten nicht weiter zu erstrecken, als es die Herstellung seiner subjectiven Ueberzeugung erfordert.

Digitized by Google

Präjudizien.

I. Römisches und Sächsisches Civilrecht.

1.

Wenn Mehreren zusammen ein Vorkaufsrecht zusteht, so kann solches nicht von einem der Berechtigten allein geltend gemacht werden. — Exceptio plurium litis consortium.*)

A.

II. Sen.-Erk. v. 2. Mai 1861 no. 210/217.

Es kann, wie die von voriger Instanz bezogenen Präjudizien allerdings an die Hand geben, angenommen werden, daß mehrfach

*) Die beiden Klägerinnen verkauften in Verbindung mit sieben anderen Miterben ihres Vaters 1836 das väterliche Mühlengrundstück an Beklagten, ihren Bruder, um 1850 Thlr. mit der Clausel: „Sollte der Wirth (Beklagter), ohne Leibeserben hinterlassen zu haben, mit Tode abgehen oder die Mühle bei seinem Lebzeiten an einen Fremden verkaufen wollen, so behalten sich Verkäufer den Vorkauf an der Mühle sammt Zubehör um die festgesetzte Kaufsumme der 1850 Thlr. ausdrücklich vor.“ Nach mehr als 20 Jahren erhoben die beiden Klägerinnen Klage auf Ueberlassung der Mühle ꝛc. gegen Erfüllung der ihnen als Vorkaufsberechtigten obliegenden Verbindlichkeiten, um die Summe der 1850 Thlr., indem sie darauf Bezug nahmen, daß Beklagter im September 1856 mit dem N. einen Kauf über seine Mühle zum Preise von 5600 Thlr. abgeschlossen habe. In diesem in vielfacher Hinsicht complicirten Prozesse wendete Beklagter u. A. die exceptio

Digitized by Google

Fragen der vorliegenden Art in dem Sinne der Klägerinnen beantwortet worden sind.

Allein wie der von voriger Instanz zuletzt bezogene Schriftsteller

v. Holzschuher, Theorie und Casuistik II. Bd. 2. Abth. Cap. IX. §. 6 ad nrm. 13, S. 742.

— worauf auch Beklagter aufmerksam macht — gegen die Ausübung eines von mehreren Verkäufern vorbehaltenen Wiederkaufsrechtes Seiten eines Einzelnen geltend macht, daß die Untheilbarkeit des Rechtes dem entgegenzustehen scheine, so hat auch das OAG. in neuerer Zeit

Zeitschr. f. Rechtspfl. ꝛc. N. F. Bd. VII., S. 182.
Annalen des OAG.'s Bd. I., S. 450.

wiederholt den Grundsatz aufgestellt und befolgt, daß in allen den Fällen, in welchen ein Recht oder eine Verbindlichkeit keine Theilung gestattet, oder ein Theilhaber nicht ohne die Zustimmung der übrigen Theilhaber disponiren darf, nur eine gemeinschaftliche Verfolgung Seiten aller Berechtigten und beziehentlich gegen alle Verpflichteten zulässig und deshalb bei der Klage einzelner oder gegen Einzelne die exceptio plurium litis consortium begründet sei.

Daß nun das Vor- oder Wiederkaufsrecht in diesem Sinne ein untheilbares Recht sei, erkennt auch die vorige Instanz an und inso-

---

plurium litis consortium ein. Ima und IIda erkannten das Klagrecht der beiden Klägerinnen an, indem ein untheilbares Recht vorliege, wo man bei Dissens der Berechtigten den Wollenden die Ausübung für sich gestatten müsse, und diese höchstens anhalten könne, dafern sie den Verzicht der Uebrigen beizubringen nicht im Stande, Caution wegen der Vertretung des Schuldners gegen die Ansprüche der Mitberechtigten zu stellen. Zum Belege dafür, daß in dieser Maße in der Praxis stets entschieden worden, war Bezug genommen auf:

Carpzov, def. for. P. II. c. 1 def. 11.
Berger, Suppl. Disc. for. P. II. ad Tit. XL. no. III.
Brunnemann, Comm. ad Cod. IV. 54 no. 8. 9. 10.
Struv, Exerc. 23 th. 44.
Lauterbach, Colleg. P. XVIII. 1 §. 99.
Zachariä, Lehnrecht 2. Ausg. §. 157 not. 4.
Strippelmann, Entscheidungen Th. VI., S. 268.
Holzschuher, Theorie III. c. IX. §. 6 no. 13, S. 742.

Allein das OAG. erkannte in dritter Instanz auf Abweisung der Klage (Rationen sub A.) und der Leuterungssenat (Rationen sub B.) confirmirte.

Digitized by Google

weit bedarf es keiner weiteren Bemerkung. Insofern sie aber nichtsdestoweniger dem einzelnen Vorkaufsberechtigten die Ausübung des Rechtes auf das Ganze gestatten will, weil

a) die Einzelnen weder in der Lage seien, ihre Mitberechtigten zu gemeinsamer Ausübung des Vorkaufs oder auch nur zu Abgabe einer Erklärung darüber zu nöthigen, noch

b) die Verfolgung ihres an sich begründeten Rechtes von fremder Willkür, allgemeinen Rechtsgrundsätzen zuwider,

L. 74 D. de R. I. (50. 17.)

abhängig gemacht werden dürfe, so ist Folgendes einzuhalten.

Ad a.

Man kann die Einzelnen an sich nicht schutzlos gegen die Willkür ihrer Mitberechtigten erachten. Denn sind Mehrere in Bezug auf ein Recht in einer communio, so ist das Anrecht der Einzelnen durch das entsprechende Rechtsmittel zur Geltung zu bringen.

Dies lehrt unter Anderen

L. 84 §. 13 D. de leg. I. (30.) verbis: consentire autem vel sua sponte debent vel judice imminente.

Dahingegen ist

ad b.

einzuhalten, daß die L. 74 cit.

Non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri

einen an sich richtigen, ganz allgemeinen Satz ausspricht, welcher jedoch deshalb einflußlos ist, weil dessen Princip eben auf dem ad a. angedeuteten Wege zur Geltung zu bringen ist.

Mag nun auch für manche Fälle auf dem Bl. unter Hinweis auf die L. 1 §. 36, L. 14 D. depositi (16. 3.) angedeuteten Wege zu einseitiger Geltendmachung eines gemeinschaftlichen Klagrechts zu gelangen sein, so kann dies doch nicht als Regel gelten, zumal wenn der Fall der Art ist, wie der vorliegende.

Wie nämlich selbstverständlich, wenn Einer von mehreren zu intellectuellen Theilen einer Sache Berechtigten klagt, dieser nicht das Ganze so zu fordern befugt ist, daß er Herr des Ganzen würde, so ist auch — zu geschweigen, ob nicht Beklagter in Folge der Erklärung als Mitberechtigter zu gelten habe — nicht abzusehen, theils

Digitized by Google

warum sich Beklagter einzelnen noch gar nicht definitiv Legitimirten gegenüber in einen Rechtsstreit über die Existenz der Bedingung des Rechtes einlassen solle, theils wie insbesondere bei einem Grundstücke, in Folge der heutigen Grundbuchsverhältnisse, das von voriger Instanz berührte Auskunftsmittel der Cautionsleistung zur Ausführung kommen soll, und es würde, sollte nicht nach Befinden der jetzige Prozeß ein ganz nutzloser werden und der Schwerpunkt des Streites in die Executionsinstanz fallen, jeden Falles erforderlich sein, daß die Frage der Cautionsleistung, beziehentlich in Folge rechtzeitigen Erbietens Seiten der Klägerin, in dem Hauptprozesse mit zur Entscheidung käme, für welche es aber im concreten Falle an allem Anhalten fehlt.

Man vermag daher auch der vorigen Instanz insofern nicht beizupflichten, als sie die Anwendbarkeit der Vorschrift der Erl. Pr.O. ad Tit. V. §. 1. 2. in Betreff officieller Verbesserung des Petiti statuirt.

Führen daher diese Gründe zu einer Reformatoria auf Abweisung der Klage in der angebrachten Maße, so ist am wenigsten abzusehen, wie Klägerin aus dem von ihr Bl. bezogenen Präjudicate des OAG.'s Etwas für sich ableiten zu können glaubt, indem hier

Wochenbl. für merkw. Rechtsfälle 1858, S. 287 fg.

in einem dem vorliegenden dem Principe nach ähnlichen Falle — Ausübung des remedii ex lege 2 Cod. de rescind. emt. vend. wegen laesio enormis in Betreff eines Grundstückskaufes Seiten eines Miterben des Verletzten — in Conformität mit den oben entwickelten Gründen ausgeführt ist, daß ein gemeinschaftliches Handeln aller Berechtigten erforderlich ist.

B.

III. Sen.-Erk. v. 21. Decbr. 1861 no. 81/77.

Wenn nach dem Kaufcontracte die Miterben des Beklagten, als sie an denselben das zu dem Nachlasse ihres Erblassers J. C. H. gehörig gewesene Mühlengrundstück käuflich überließen, für den Fall, daß der Beklagte ohne Hinterlassung von Leibeserben mit Tode abgehen oder noch bei Lebzeiten die Mühle an einen Fremden verkaufen sollte, den Vorkauf an letzterer um den Kaufpreis von 1850 Thlr.

Digitized by Google

sich vorbehalten haben, so erlangten sie hierdurch ein Recht nur in ihrer Gesammtheit, nicht aber ein solches, welches, seiner Untheilbarkeit ungeachtet, jeder von ihnen selbstständig und dergestalt auszuüben ermächtigt wurde, daß er dadurch die übrigen in zurechtbeständiger Weise zu vertreten im Stande wäre. Daß die Absicht der Contrahenten bei Festsetzung jener Bestimmung weiter als deren oben angegebenen Worte besagen, gegangen sei, haben die Klägerinnen nicht einmal behaupten können, und darf schon darum nicht ohne Weiteres angenommen werden, theils weil für die Auslegung von Verträgen deren Wortlaut so lange maßgebend ist, als sich nicht ergiebt, daß etwas Anderes, als dieser ausdrückt, von den Contrahenten gemeint worden sei,

l. 25 §. 1 de leg. III. (32.)

theils weil so viel Bestimmungen wegen Einräumung eines Vorkaufsrechtes insbesondere betrifft, diese mit Rücksicht darauf, daß sie eine Dispositionsbeschränkung enthalten, im Zweifelsfalle den Eintritt einer restrictiven Interpretation bedingen.

Zeitschr. f. Rechtspfl. ꝛc. N. F. Bd. IX., S. 380, Bd. XV., S. 369.

Hat nun aber diesem zufolge auf die vorliegende Sache der Grundsatz, daß in allen den Fällen, in welchen ein Recht oder eine Verbindlichkeit gar keine Theilung gestattet, oder ein Theilhaber nicht ohne Zustimmung seiner Mitbetheiligten disponiren darf, nur eine gemeinschaftliche Verfolgung Seiten aller Betheiligten zulässig ist, Anwendung zu leiden,

Annalen des OAG.'s Bd. I., S. 450 fg.

so kann es auch keinem Zweifel unterliegen, daß die erhobene Klage, da sie nicht von sämmtlichen bei dem fraglichen Vorkaufsrechte annoch betheiligten Personen, sondern nur von zwei derselben angestellt worden ist, einer ausreichenden Basis entbehre. Zu demselben Resultate gelangt man aber auch dann, wenn man mit dem vorliegenden Falle den vergleicht, wo derjenige, welcher eine Sache an mehrere Personen verkauft hat und nur von einer derselben auf Kaufserfüllung rechtlich belangt wird; da auch in einem solchen Falle der Beklagte selbst gegen Erlegung der vollen Kaufsumme nicht verpflichtet ist, die verkaufte Sache dem Kläger zu übergeben, so lange nicht dieser in Ansehung

Digitized by Google

seiner Mitkäufer sich legitimirt und dadurch den Verkäufer vor den Ansprüchen der letzteren gesichert hat.

Zeitschr. für Rechtspfl. ꝛc. N. F. Bd. XV., S. 98.

2.

Ueber das Retentionsrecht des Verpachters und Vermiethers. — Dasselbe ist nicht anwendbar bei Kohlenabbauverträgen.

III. Sen.-Verordn. v. 22. März 1862 no. 63.*)

Auf das dem Vermiether an den invectis und illatis des Abmiethers und dem Verpachter an den fructibus innatis zustehende Retentionsrecht kann sich der Impetrant nicht mit Erfolg beziehen. Denn erstlich lassen sich die gedachten Verträge, obwohl man sich in denselben der Ausdrücke Verpachter und Pachter bedient hat, doch ihrem sonstigen Inhalte, sowie ihrem Gegenstande und Zwecke nach, nicht als eigentliche Pacht- und noch weniger als Miethverträge, sondern im Zweifel nur als Verträge betrachten, vermittelst deren dem sogenannten Pachter das Recht die unter der Erdoberfläche befindlichen Kohlen abzubauen abgetreten worden ist. Dann aber würde, wenn selbst das dem Vermiether zuständige Retentionsrecht auf derartige Verträge ausgedehnt werden könnte, die Ausübung desselben während der Dauer des Vertragsverhältnisses nur wegen einer bereits verfallenen Contractsleistung stattfinden dürfen,

Haubold, sächs. Privatrecht §. 288b nota c. ed 3.

wenn nicht dieses Retentionsrecht, welches nach den neueren sächsischen Gesetzen und nach Aufhebung des dem Locator vordem zugestandenen stillschweigenden Unterpfandsrecht nicht die Wirkung haben kann, daß die inferirten Sachen von dem Augenblicke ihrer Illation an als dem Vermiether verpfändet zu betrachten wären, zu einer unerträglichen, der Intention des Gesetzgebers nicht entsprechenden Härte führen soll.

*) Impetrant hatte an Impetraten ein Kohlenabbaurecht überlassen. Zu Sicherung der vertragsmäßigen Leistungen des Letzteren verlangte Ersterer eine Dispositionsbeschränkung Jenes in Bezug auf die Tagegebäude, deren Translocation auf ein anderes Territorium Jener beabsichtigt.

Digitized by Google

3.

Zur Lehre von der s. g. societas leonina.

II. Sen.-Erk. vom 21. Aug. 1862 no. 433/507.

Der Fall der sogenannten societas leonina, von welchem L. 29 §. 2 D. pro socio (17. 2.) handelt, in welchem der eine Theil nur den Gewinn beziehen, der andere Theil nur den Verlust des gemeinsamen Geschäfts tragen soll, liegt nach dem Klaganführen nicht vor. Kläger hat nach seiner Angabe von Verlusten — wie nicht anders verstanden werden kann — an dem herzugebenden Capitale befreit bleiben, den aus dem ganzen Geschäft zu machenden Gewinn aber mit dem Beklagten theilen sollen. Kann nun schon einer sogenannten societas leonina nach heutigem Rechte die verbindende Kraft nicht bestritten werden,

Glück, Commentar Thl. XV., S. 425 fg.

Treitschke, Lehre von der Erwerbsges. §. 3. 4.

so läßt sich dies um so weniger bei einem Vertrage behaupten, bei dem nur eine bestimmt gedachte Art des Verlustes dem einen Theile allein zur Last gelegt wird, der beim Nichteintritt eines solchen Verlustes zu erwartende Gewinn dagegen, also der nach Abzug aller übrigen denkbaren Verluste bleibende Reingewinn beiden Contrahenten zu Gute gehen soll.

4.

Die Bestimmungen der Dec. 23. v. 1746 finden nur bei der eigentlichen querela non numeratae pecuniae, nicht bei der correspondirenden actio doli Anwendung.

II. Sen.-Erk. v. 21. Aug. 1862 no. 480/499.

Anlangend den gegen die Statthaftigkeit der Klage mit Rücksicht auf das zum Theil gewählte Beweismittel des Eidesantrags aus der 23. Decision v. J. 1746 entlehnten Einwand, so beruht dieser, wie dem Beklagten bereits in voriger Instanz mit Recht eingehalten worden ist, auf einer irrigen Anwendung der fraglichen Gesetzesvorschrift auf den vorliegenden Fall. Die angezogene Decision hat nämlich nach ihrer klar ausgesprochenen Tendenz lediglich solche Fälle, wo der

Digitized by Google

Schuldner die exceptio non numeratae pecuniae, in Ermangelung ihrer für den Urkundenprozeß nöthigen Liquidität, in der Reconvention ausführen, oder querelam non numeratae pecuniae wider eine richtige Verschreibung anstellen will, vor Augen und indem sie solchenfalls die Beweislast dahin regelt, daß der Beweis, es sei Zahlung nicht erfolgt, demjenigen, so sich darauf fundirt, aufzuerlegen sei, läßt sie dem Schuldner noch überdies in Ansehung der Führung dieses Beweises nur innerhalb der Zeit von 5 Jahren, von dem Tage der Schuldverschreibung an gerechnet, die freie Wahl der Beweismittel, während sie nach Ablauf gedachter Frist den Beweis der Nichtzahlung anderergestalt gar nicht zuläßt, als wenn der Schuldner denselben in continenti durch Urkunden führen kann. Wie nun, was den hier vorliegenden Fall anlangt, in dem vorausgegangenen Conventionsprozesse besage der Beilageacten exceptio non numeratae pecuniae überhaupt nicht vorgeschützt worden, so findet auch die jetzige Wiederklage keineswegs in der Behauptung, daß das verschriebene Darlehn von 24,000 Thlr. ganz oder zum Theil dem Wiederkläger nicht gewährt worden sei, also in einer einfachen Negative, ihren Stützpunkt. Vielmehr beruht dieselbe auf der positiven Behauptung einer gewissen, zwischen den Parteien angeblich stattgehabten Verabredung über die Berechnung der beiden in der Darlehnssumme mit begriffenen Staatspapiere und über die Modalität der Rückzahlung, welcher Verabredung Wiederbeklagter bei Einhebung der Schuld zuwider gehandelt haben soll. Je augenscheinlicher nun ein also begründeter Anspruch, weil er auf der Behauptung eines sogenannten dolus specialis beruht, von der lediglich in der Negative fundirten exceptio oder querela non numeratae pecuniae im Wesen sich unterscheidet, um so weniger würde es sich rechtfertigen lassen, wenn man die beschränkenden Dispositionen in Ansehung der Beweismittel, welche die vorgedachte Decision enthält, auf Fälle der hier vorliegenden Art extendiren wollte, wie dieses übrigens von den Commentatoren der betreffenden Decision

Bauer, Erläuterungen der decisio XXIII. §. 12 Bd. II., S. 68 fg.

Göttschalk, in der Zeitschr. für Rechtspfl. ꝛc. N. F. Bd. III. §. 7, S. 18 fg.

ausführlich nachgewiesen worden ist und in der Praxis seit langer Zeit unbestritten feststeht.

Digitized by Google

II. Zu dem Strafgesetzbuche ꝛc.

1.

Die aus den persönlichen Verhältnissen des physischen Urhebers eines Verbrechens zu dem Verletzten fließenden strafmildernden Umstände kommen dem intellectuellen Urheber nicht zu Statten, sofern der unmittelbare Erfolg des Verbrechens von ihm im eigenen Interesse beabsichtigt war. — Art. 65 StGB. Die Art. 294 festgesetzte Strafe der Verleitung zu gewerbmäßigen Eigenthumsverbrechen setzt die Gewerbmäßigkeit des Verleiteten voraus.

Erkenntn. v. 2. Juni 1862 no. 539/681.

Daß die A. während der längeren Zeit, in welcher sie mit der M. in sehr vertrauten Verhältnissen stand, sie fast täglich besuchte, der M. auf deren Verlangen, Zureden und Drängen aus dem Kramladen ihrer, der A. Eltern, nicht allein nach und nach eine sehr bedeutende Menge von Victualien und anderen Gegenständen der verschiedensten Art unentgeldlich überlassen und zugebracht, sondern derselben später auch sehr oft baares Geld, das sie zu diesem Behufe vorher ihrem Vater theils aus dem Ladentische, theils aus einem ihr zugänglichen Secretaire entwendet, gegeben hat, und daß in gleicher Weise auch die erst im 16. Altersjahre stehende A. W. W. von der M. verleitet worden, ihrem Oheime und Pflegevater, dem Schuhmacher W., ein Paar Schuhe und ein Paar Pantoffeln zu stehlen und solche der M. zu bringen, darüber geht dem OAG. nicht der mindeste Zweifel bei, und es genügt, in dieser Beziehung auf die dem vorigen Erkenntnisse beigefügten, sehr ausführlichen und völlig überzeugenden Gründe zu verweisen. Es hat aber auch weiter, die rechtliche Beurtheilung der der verehel. M. hiernach zur Last fallenden strafbaren Handlungen anlangend, der Ansicht der vorigen Instanz,

Digitized by Google

daß die persönlichen Verhältnisse, in denen die A. und die W. zu den Verletzten gestanden, der M. in keiner Weise zu Statten kommen können, und daß daher die von ihr angestifteten Eigenthumsvergehen ihr nicht als bloße Entfremdungen im Sinne des Art. 302 des StGB.'s, sondern als eigentliche nach Art. 276 junct. 272 des StGB.'s zu beurtheilende Diebstähle anzurechnen sind, beigetreten werden müssen, da sich die Angeschuldigte der genannten beiden Mädchen blos als der Werkzeuge für ihre eigenen Zwecke bedient, und sich selbst nur durch dieselben in den widerrechtlichen Besitz der fraglichen Sachen gesetzt hat, nach Art. 65 Abs. 2 des StGB.'s mithin auch nur ihr Verhältniß zur That bei deren Bestrafung ins Auge zu fassen ist, es stellt sich daher auch der M. gegenüber die Frage, ob die A. jetzt verehel. J., sich für ihre Person durch die widerrechtliche Aneignung von Waaren, zu deren Verkaufe sie berechtigt war, einer Unterschlagung oder einer Entwendung schuldig gemacht habe? als einflußlos dar. Dagegen hat die Anwendung der Bestimmungen des Art. 294 des StGB.'s auf den vorliegenden Fall nicht für gerechtfertigt erachtet werden können. Denn nach den Worten dieses Artikels müssen die Eigenthumsverbrechen, zu denen Verleitung stattgefunden hat, auf Seiten des Verleiteten den Charakter der Gewerbmäßigkeit an sich tragen, zu dem Begriffe der Gewerbmäßigkeit gehört aber nothwendig die Absicht des Handelnden, sich durch seine Handlungsweise einen Erwerb zu verschaffen, und wenigstens theilweise seinen Lebensunterhalt dadurch zu gewinnen, dies läßt sich jedoch hier nicht einmal in Bezug auf die A. behaupten, da dieselbe, wie schon bemerkt worden, lediglich für die M. und nur in deren Interesse gehandelt hat.

2.

Die Einsatzstrafe für das schwerste unter mehreren concurrirenden Verbrechen ist so zu bemessen, als ob das Hauptverbrechen allein vorläge. — Zu Art. 78 StGB.

Erkenntn. v. 12. Novbr. 1862 no. 1057/1174.

Man darf bei Anwendung von Art. 78 des StGB.'s, in dem man den Strafeinsatz für das schwerste Verbrechen sucht, nicht zugleich auf die Menge und den Betrag der concurrirenden Verbrechen achten

Digitized by Google

und sich durch den Wunsch, eine der gesammten Verschuldung des Angeklagten entsprechende Strafe zu finden, nicht zu einem unverhältnißmäßig hohen Strafeinsatze bestimmen lassen, sondern man hat letzteren nach dem Maßstabe zu wählen, der eintreten würde, wenn das Einsatzverbrechen allein zur Bestrafung vorläge. Das OAG. würde nun, wenn B. nicht mehr als überhaupt 18 Thlr. und diese auf einmal in ausgezeichneter Weise veruntraut hätte, zugleich mit einiger Beachtung des schon in voriger Instanz berücksichtigten Ersatzes mittels der geleisteten Caution, nach seinem Dafürhalten nicht für zulässig befunden haben, über ein Jahr und drei Monate Arbeitshaus zu erkennen; es konnte daher auch bei der Verdoppelungwegen der concurrirenden ausgezeichneten, resp. einfachen Unterschlagungen von mehr als 900 Thlr.*) nicht über 2 Jahre 6 Monate Arbeitshaus gelangt werden.

3.

Die Widersetzung gegen eine dem Inhaber einer öffentlichen Schänkstätte unter gewissen Voraussetzungen zustehende Ausweisung aus dieser letzteren fällt unter die Strafbestimmung des Art. 151 StGB.**)

Erkenntn. vom 15. Aug. 1862 no. 1025/1041.

Daß das Verbrechen des Hausfriedensbruches auch in öffentlichen Schänkstätten, und zwar nicht blos durch widerrechtliches Eindringen in dieselben, sondern auch durch Verbleiben in denselben gegen den ausdrücklich erklärten Willen des Wirthes begangen werden kann, ist von dem OAG. in Uebereinstimmung mit der Ansicht der Commentatoren des StGB.'s

Krug, Commentar zum Strafgesetzbuche 2. Ausgabe 2. Abth., S. 40 Nr. 5.

Siebdrat, Strafgesetzbuch, S. 123.

---

*) Es war als thatsächlich festgestellt zu betrachten gewesen, daß keine der vielen vom Angeklagten eingeräumten Unterschlagungen nur 10 Thaler oder weniger betragen habe, so daß die Anwendung des 299. Art. des StGB.'s außer Frage stand.

**) Vergl. Annalen Bd. 3, S. 320.

Digitized by Google

bereits wiederholt ausgesprochen worden. Konnte auch nach älterem Rechte in Hinsicht auf die Fassung des Art. 119 des StGB.'s darüber gestritten werden, so sind doch alle diesfallsige Zweifel nunmehr durch die erweiterte Fassung des Art. 151 des StGB.'s als beseitigt anzusehen, da öffentliche Schänkstätten selbst dann, wenn sie nicht zugleich einen Theil der eigentlichen Wohnung des Wirthes und der Angehörigen desselben bilden, doch jedenfalls den Geschäftslocalen im Sinne des eben angezogenen Artikels des StGB.'s mit gleichem Rechte wie Kaufläden und andere Räumlichkeiten ähnlicher Art beizuzählen sind, und daraus allein, daß ein Gast- oder Schänkwirth durch die Eröffnung und den Betrieb seines Geschäfts im Zweifel einem Jeden stillschweigend das Recht zum Erscheinen und zum Verweilen in seiner Gast- oder Schankwirthschaft eingeräumt hat, noch keineswegs folgt, daß er sich seinen Gästen gegenüber der Ausübung des Hausrechtes vollständig begeben habe, und daß er niemals und unter keinerlei Umständen berechtigt sei, Jemandem den Eintritt oder den längeren Aufenthalt daselbst zu versagen.

Zur Hinwegweisung eines Gastes, der durch ungebührliches Betragen die Ruhe stört oder öffentliches Aergerniß giebt, ist der Wirth allerdings schon als solcher um deswillen nicht allein berechtigt, sondern sogar verpflichtet, weil er für das Betragen seiner Gäste und für die Aufrechthaltung der Ruhe und der Ordnung selbst mit verantwortlich ist; wenn er aber auch insoweit zunächst eine ihm zustehende polizeiliche Function ausübt, so handelt er dabei doch gleichzeitig auch als Hausherr; es lassen sich jedoch außer dem nurerwähnten Falle, auf welchen bereits bei einer früheren Gelegenheit

Annalen Bd. III., S. 320 sub Nr. 37.

besonders hingewiesen worden, noch viele andere Fälle denken, in denen sich ein Wirth, ohne daß gerade eine genügende Veranlassung zu einem polizeilichen Einschreiten vorhanden ist, doch für vollständig berechtigt ansehen darf, Einzelnen, die durch ihre Persönlichkeit, ihr Erscheinen oder durch ihr Benehmen Anstoß geben, den anderen Gästen den Aufenthalt in seinem Schanklocale verleiden und sie vom ferneren Besuche desselben abhalten, sowohl aus Rücksicht auf seine übrigen Gäste, als auch im wesentlichen Interesse seines Geschäftes den Eintritt in seine Schänklocale zu verweigern, oder sie nach erfolgtem Ein-

Digitized by Google

tritte aus denselben wegzuweisen, und in denen er, wenn er solches thut, lediglich von seinem Hausrechte Gebrauch macht, in dessen Ausübung er durch das Verhältniß, in welchem er als Wirth zum Publikum steht, überhaupt nur insoweit beschränkt wird, als er einen Gast nicht ganz willkürlich und ohne einen genügenden Grund, sondern nur unter gewissen, im Vorstehenden angedeuteten Voraussetzungen wegweisen darf, während der Privatmann jeden Fremden, der ohne besonderes Befugniß dazu seine Wohnung betreten hat, das fernere Verweilen in derselben beliebig zu untersagen berechtigt ist.

4.

Als Object des Diebstahls ist unter einer gleichzeitig ergriffenen Mehrheit von Gegenständen nur derjenige Gegenstand zu betrachten, auf welchen die Absicht der widerrechtlichen Aneignung — oder des bleibenden Verlustes für den Eigenthümer — erweislich beschränkt war.

Zu Art. 273 StGB.*)

Erkenntn. v. 5. Novbr. 1862 no. 1121/1140.

Das OAG. hat der im vorigen Erkenntnisse ausgesprochenen Ansicht, daß nicht blos der von dem Diebe fortgebrachte Honig, sondern auch der Bienenstock selbst mit Einschluß des Inhaltes im festgestellten Werthe von 12 Thalern als Gegenstand des Diebstahls anzunehmen sei, beizutreten nicht vermocht. Denn wenn schon der Dieb des Bienenstockes selbst sich bemächtigt haben mag, und nach Art. 273 des StGB.'s der Diebstahl für vollendet zu achten ist, sobald der Dieb die Sache, welche er zu stehlen beabsichtigt, an sich genommen hat, so fehlt es doch im vorliegenden Falle an dem Beweise, daß Sch. nicht nur den in dem Bienenstocke befindlichen Honig, sondern auch diesen selbst zu entwenden beabsichtigt, um so mehr, als er den des Honigs entleerten Bienenstock in dem erbrochenen Bienenhause zurückgelassen hat, und Anzeichen dafür, daß er auch den Bienenstock sich wirklich anzueignen und fortzuschaffen beabsichtigt habe, darum aber nur durch äußere Umstände gehindert worden sei, nicht vorliegen.

*) Vergl. Annalen Bd. 5, S. 417.

Digitized by Google

Der vorliegende Fall ist demjenigen ganz analog, wo der Dieb einen verschlossenen Koffer erbricht, und selbst den verschlossenen Koffer, um ihn ungestört erbrechen und entleeren zu können, aus dem Hause des Eigenthümers fortträgt, ihn aber nach der Erbrechung, und nachdem er den Inhalt an sich genommen, am Orte der That oder da, wo er ihn erbrochen, zurückgelassen hat. Auch in diesem Falle hatte der Dieb des Koffers, als er ihn erbrach, sich bemächtigt, aber präsumtiv und in Ermangelung weiteren Beweises nicht in der Absicht der Aneignung, sondern nur zu dem vorübergehenden Zwecke der Erbrechung und in der Absicht, zu dem Inhalte zu gelangen.

5.

Ueber den Strafschärfungsgrund der Verübung des Diebstahls nach eingetretener Nachtruhe. — Art. 277 StGB.*)

A.

Erkenntn. v. 25. April 1862 no. 423/425.

Es ist als thatsächlich festgestellt zu betrachten, daß A. bei seinem Uebernachten im N.'schen Gasthofe zu C. zum Nachtlager das Kanapee angewiesen erhalten und benutzt hat, auf welchem die grünwollene Decke gelegen, und daß in dieser Nacht die Decke und einige Tücher, die in der Nähe des Kanapees gelegen haben, gestohlen worden sind, und die Annahme, daß A. dieser Entwendung sich schuldig gemacht habe, wird durch die der vorigen Entscheidung beigegebenen Gründe vollständig gerechtfertigt.

Dagegen vermag man der Ansicht der vorigen Instanz insoweit, als dieselbe die Bestimmung des Art. 277 unter 5 des StGB.'s mit in Anwendung gebracht hat, nicht beizutreten, da diese Bestimmung, wie schon wiederholt ausgesprochen worden ist (vergl. allg. Ger.-Zeit. Bd. II., S. 291 fg., Bd. IV., S. 348), voraussetzt, daß der Dieb nicht selbst ein Bewohner der fraglichen Localität ist, in welcher er den Diebstahl verübt, sollte dieses Bewohnen, wie solches in Gasthäusern öfter der Fall, auch nur die Dauer einer Nacht umfassen.

*) Vergl. Annalen Bd. 4, S. 550.

Digitized by Google

Der Grund für die härtere Ahndung eines nächtlichen Diebstahls wird S. 255 der Landt.-Acten Beil. zur II. Abth. dahin angegeben: „denn er" (der nächtliche Diebstahl) „stört das Heiligthum der nächtlichen Ruhe, und erfolgt zu einer Zeit, wo die Verhütung schwieriger ist und giebt die nächste Veranlassung zu persönlicher Gefährdung der Bestohlenen." Hieraus ergiebt sich von selbst, daß man bei Aufnahme der gedachten Bestimmung ganz andere Fälle, als einen der vorliegenden Art, hat treffen wollen. Der Angeklagte bewohnte die ihm angewiesene Stube mit demselben Rechte, wie ein Dienstbote das ihm angewiesene Behältniß, und es wird nicht leicht behauptet werden, daß Letzterer einen nach Art. 277 unter 5 zu subsumirenden Diebstahl verübt, wenn er eines Nachts ein zu seinem Nachtlager gehöriges Bettstück sich angeeignet und bei Seite geschafft hat.

B.

Erkenntn. vom 4. Juni 1862 no. 564/576.

Wenn gleich Ungewißheit darüber, ob B. zu der Zeit, als er dem Schmiedemeister Sch. in Sch. eine Kuh aus dessen Stalle stahl, noch bei Sch. in Quartier gelegen, vorhanden ist, indem die Angaben Sch.'s und B.'s einander hierunter entgegenstehen, so ist doch auch nach der Ansicht des OAG.'s selbst im Bejahungsfalle die Vorschrift in Art. 277 Nr. 5 neben der in Art. 276 Nr. 2 des StGB.'s auf den fraglichen Diebstahl anzuwenden, da B. nur, während er an dem Baue des Floßgrabens bei W. als Handarbeiter mit beschäftigt gewesen, bei Sch.'n in Quartier gelegen hat, mithin anzunehmen ist, daß ihm der Zutritt in den an das Sch.'sche Wohnhaus angebauten Kuhstall und die Mitbenutzung desselben nicht gestattet gewesen sei. Hat nun B. überdies den Diebstahl nicht von dem als Quartier ihm angewiesenen Behältnisse des Hauses aus verübt, sondern, als er zur Nachtzeit an das Haus gelangte und die Hausthür unverschlossen fand, in der Absicht, die Kuh zu stehlen, sofort durch das Haus in den Kuhstall sich begeben und die Kuh gestohlen, so unterliegt die Anwendung der obgedachten Vorschriften auf diesen Diebstahl keinem erheblichen Bedenken.

Digitized by Google

6.

Telegraphische Depeschen sind als Urkunden im Sinne des Art. 285, 1a. des StGB.'s zu betrachten.

Erkenntn. v. 27. Octbr. 1862 no. 1091/1095.

Wer den Telegraphen als Correspondenzmittel gebraucht, und demzufolge eine von ihm geschriebene und vollzogene Depesche bei einer Telegraphenanstalt aufgiebt, thut dies in der Absicht, daß ein völlig gleichlautendes Telegramm an den Adressaten gelange, und Letzterer dasselbe, obschon es eine eigenhändige Zuschrift des Absenders nicht ist, doch ebenso, wie eine solche, betrachte. In Verfolgung dieser Absicht ertheilt der Absender durch die Uebergabe der Depesche der Telegraphenanstalt den Auftrag, die in der Depesche enthaltenen Schriftzeichen, und also auch die Unterschrift völlig gleichlautend auf telegraphischem Wege an den Adressaten zu befördern, und wenn dies sodann geschieht, so handelt die Telegraphenanstalt lediglich als das von dem Absender zu Ausführung seines Willens gebrauchte Organ. Demzufolge steht das an den Empfänger gelangende Telegramm völlig gleich einem Briefe, welchen der Absender in seinem Namen durch einen Beauftragten hat schreiben lassen. Daraus ergiebt sich aber ohne Weiteres, daß das an der Ankunftsstation ausgefertigte Telegramm, wenn es gleich, wie in der Natur der Sache liegt, die Originalunterschrift des Absenders nicht enthält, doch als eine Urkunde angesehen werden muß.

Archiv f. d. civil. Praxis Bd. 43 Nr. V., S. 94 fg.

Dies auf den vorliegenden Fall angewendet, ergiebt sich, daß bei den von dem Angeklagten mittelst telegraphischer Depeschen ausgeführten Betrügereien die Täuschung durch Gebrauch unechter Urkunden verübt worden ist, mithin aber diese Betrügereien für qualificirt gelten müssen, und mag nur noch bemerkt werden, daß dies dem Vorbemerkten zufolge selbst dann anzunehmen sein würde, wenn S. die Depeschen dem Telegraphenbureau nicht schriftlich überliefert, Letzterem vielmehr den Inhalt der Depeschen und den darunter zu setzenden Namen nur mündlich angegeben hätte.

Digitized by Google

7.

Ein Schuldner, der den Ausbruch des Concurses zu seinem Vermögen zu gewärtigen hat, macht sich durch solche Veräußerungen von Vermögensgegenständen, die nur darauf berechnet sind, ihm oder den Seinigen den gegenwärtig nöthigen Unterhalt zu gewähren, nicht strafbar. — Zu Art. 304 StGB.

Erkenntn. v. 19. Novbr. 1862 no. 1149/1208.

Es ist richtig, daß ein Schuldner, welcher die Eröffnung des Concurses zu seinem Vermögen zu erwarten hat, d. h. ein gerichtliches Einschreiten zu Sicherstellung der Masse für gesetzmäßig zu erfolgende Befriedigung seiner Gläubiger voraussetzen muß, sich strafbar macht, wenn er ungeachtet seiner Insolvenz über Bestandtheile seines Vermögens zum Nachtheile der Gläubiger verfügt; denn es soll bei vorhandenem materiellen Concurse kein Schuldner seinen Gläubigern die Mittel entziehen, welche zu deren Befriedigung ihm noch übrig geblieben sind. Soll aber eine Uebertretung dieses Verbotes den Strafbestimmungen unter 1. Art. 304 und 1. Art. 305 des StGB.'s untergestellt werden, so muß der Uebertreter arglistig darauf ausgegangen sein, das seinen Gläubigern widerrechtlich Entzogene sich oder Andern zuzuwenden. Es muß sich in der Disposition eine auf Erlangung eines unerlaubten Gewinnes gerichtete betrügerische Absicht manifestiren. Dies ergiebt sich ebensowohl aus den Worten des Gesetzes: „Handlungen irgend einer Art vornimmt, welche darauf berechnet sind," als aus den in den Art. 304 und 306 des StGB.'s besonders hervorgehobenen Fällen, welche insgesammt auf ein betrügerisches Gebahren hinweisen, zu welchem, wie die Erfahrung lehrt, dergleichen Bedrängte in vorsorglicher Fürsorge für ihre oder der Ihrigen nächste Existenz auf Kosten der Gläubiger ihre Zuflucht zu nehmen, nur zu geneigt sind. Damit soll nicht gesagt werden, daß, um das Gesetz in concreto anzuwenden, das Vorhandensein einer solchen betrügerischen Absicht allemal besonders nachgewiesen werden müsse. Sobald die Handlung an sich schon das Gepräge des Betrugs an sich trägt, als eine den eigenen Vortheil bezweckende arglistige Verkürzung

Digitized by Google

der Gläubigerschaft sich darstellt, sei es, daß das Object selbst, seiner Beschaffenheit nach, oder die Art und Weise der Verwendung darauf hinweist, bedarf es eines solchen Nachweises nicht. Erforderlich wird derselbe aber, wo die Frage, ob der Ueberschuldete durch seine Disposition der Gläubigerschaft etwas habe arglistig entziehen wollen, zweifelhaft erscheint, da, wie gedacht, das Gesetz nur insoweit, als die Sicherstellung der Gläubiger vor unredlichen Bevortheilungen zur angegebenen Zeit es mit sich bringt, den Ueberschuldeten die Vermögensdisposition entzogen hat. Nun wird aber nicht ohne weiteres angenommen werden können, daß das erwähnte, dem subjectiven Thatbestande zufallende charakteristische Merkmal vorhanden sei, wenn der Ueberschuldete bei der Disposition über sein Vermögen vor Eröffnung des Gantverfahrens nicht weiter gegangen ist, als zur Bestreitung seines und der Seinigen Unterhalt unumgänglich erforderlich war. Sobald daher die in concreto erlangten factischen Unterlagen kein ausreichendes Anhalten dafür darbieten, daß der wegen Verwendungen der Art zur Verantwortung Gezogene die durch sein Bedürfniß bestimmte Grenze aus Arglist gegen seine Gläubiger, und um sich auf Kosten derselben einen unerlaubten Vortheil zu verschaffen, überschritten habe, wird nicht blos deshalb, weil er Gegenstände von dem zur Befriedigung seiner Gläubiger vorhandenen Vermögen verwerthet hat, das Gesetz wider ihn ohne weiteres angewendet werden können.

8.

Entwendung ohne die Absicht der Aneignung wird auch durch unterlassene Rückgabe des Entwendeten nicht zum Diebstahle. — Zu Art. 330 jcto. 272.

Erkenntn. v. 3. Decbr. 1862 no. 1283/1260.

Z. hatte bei dem Weggange von dem Tanzsaale in der Nacht seine Mütze vermißt, und um nicht in bloßem Kopfe nach Hause zu gehen, die Mütze R.'s an sich genommen, dieselbe aber diesem nicht zurückgegeben. Bei der Vernehmung läugnete Z., daß er die Absicht gehabt habe, die Mütze sich zuzueignen. Gleichwohl ward derselbe lediglich auf diese Zugeständnisse hin wegen Diebstahls mit Strafe belegt. Zu seinem Gunsten remedirte der Staatsanwalt und es ent-

Digitized by Google

stand die Frage, ob dieses Rechtsmittel zulässig sei? Das OAG. entschied sich für die Zulässigkeit und cassirte aus nachfolgenden Gründen.

Weil die als bewiesen angesehene That, wie sie in dem gedachten Bescheide durch Bezugnahme auf die Geständnisse des Angeschuldigten festgestellt ist, allerdings insofern einem darauf nicht anwendbaren Gesetze — dem Art. 272 des StGB.'s — unterstellt worden ist, als es, so viel den subjectiven Thatbestand betrifft, an allem Nachweise darüber gebricht, daß J. bei der Ansichnahme der Mütze R.'s wirklich eine auf Zueignung derselben gerichtete Absicht verfolgt habe, wie doch zur Anwendung des angezogenen Gesetzes jedenfalls erforderlich gewesen sein würde, die auf Grund der Bestimmungen Abschn. 1 Art. 20, I. 2 und III. 1, Art. 349 und Abschn. 1. Art. 377 der StPO. erhobene Nichtigkeitsbeschwerde also keineswegs für unbegründet hat erachtet werden können, so wird sothaner Bescheid hierdurch als nichtig aufgehoben.

9.

Die Bestimmungen des Forst- ꝛc. Strafgesetzes sind nicht auf die Entwendung solcher Hölzer zu beziehen, welche zu besonderen Zwecken vorgerichtet, sich zufällig noch im Walde befinden. — Art. 1 Forst- ꝛc. St.-Ges.

Erkenntn. v. 3. Novbr. 1862 no. 1096/1120.

Die Bestimmungen des Art. 1 des Forststrafgesetzes, insoweit dieselben die Entwendung von Holz aus fremden Waldungen betreffen, sind offenbar nur auf solches anstehendes oder auch gefälltes Holz, das sich noch in seinem ursprünglichen Zustande als Brenn- oder Nutzholz im Walde befindet, nicht aber auf schon zu anderen bestimmten Zwecken verarbeitete Hölzer zu beziehen, und das Erkenntniß, in welchem F. und S. wegen Entwendung mehrerer bereits zu Wasserröhren ausgebohrter Baumstämme von einem Holzschlage nach dem angezogenen Artikel des Forststrafgesetzes bestraft worden sind, beruht mithin allerdings auf einer unrichtigen Gesetzesanwendung, indem die Handlungsweise der Angeschuldigten sich dem Vorstehenden nach vielmehr unzweifelhaft als ein gewöhnlicher nach Art. 276 jet. 277 des StGB.'s zu beurtheilender Diebstahl darstellt.

Digitized by Google

10.

Die den verantwortlichen Redacteuren von Zeitschriften §. 26 des Gesetzes vom 14. März 1851, die Angelegenheiten der Presse betr. unter c. angedrohte Strafe hat nicht die subsidiarische Natur der unter b. festgesetzten, sondern tritt auch dann ein, wenn der Verfasser des incriminirten Aufsatzes zur Strafe gezogen werden kann.

Erkenntn. v. 28. Novbr. 1862 no. 1267/1246.

Unverkennbar will das Gesetz „die Angelegenheiten der Presse betr." vom 14. März 1851 die Redacteure von Zeitschriften, die dazu sich hergegeben haben, einem strafbaren Preßerzeugnisse einen Platz einzuräumen, im Gegensatze zu den unter b. genannten Personen unbedingt bestraft wissen, und zwar mit der unter b. angedrohten Geldstrafe, dafern nicht zu ihrer Bestrafung nach allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen zu gelangen ist, als in welchem Falle von der Geldstrafe abgesehen werden soll. Die Criminalstrafe soll die Geldstrafe ausschließen, nicht aber der zufällige, die Strafbarkeit des Redacteurs gar nicht berührende Umstand, daß zugleich neben dem verantwortlichen Redacteur der Verfasser des strafbaren Aufsatzes hat zur Verantwortung gezogen und bestraft werden können. Dies ist ohne Frage der Sinn des Gesetzes, welches in keiner Weise die den Redacteuren von Zeitschriften mit Recht angesonnene Verantwortlichkeit hat schwächen, noch ihre Strafbarkeit, wenn sie dessen uneingedenk gewesen sind, auch nur zum Theil hat aufheben wollen.

III. Zu der Strafprozeßordnung.

1.

Die Bestimmungen über den Gerichtsstand der in Art. 50 der StPO. benannten Verbrechen leiden auch Anwendung auf das Verbrechen des leichtsinnigen Aufborgens. (Art. 309 StGB.).

Verordn. v. 19. Novbr. 1862 no. 1164/1182.

Das OAG. stimmt der Ansicht des BG.'s bei, daß Art. 50

Digitized by Google

der StPO. auch auf das Vergehen des leichtsinnigen Aufborgens Anwendung leide. Zwar ist dieses Vergehen in dem angezogenen Artikel nicht ausdrücklich mit erwähnt. Erwägt man jedoch, daß in letzterem ganz in der Allgemeinheit das Verbrechen des Bankerotts als eins derjenigen Verbrechen, bei welchen das Gericht des Wohnortes, beziehentlich des letzten Aufenthaltsortes oder des Ortes der Ergreifung als das Gericht der begangenen That zu betrachten sei, aufgeführt wird, daß ferner in dem mit der Ueberschrift „Von dem Bankerott, der Fälschung und anderen betrüglichen Handlungen" versehenen dreizehnten Capitel des zweiten Theiles des StGB.'s das, augenfällig dem leichtsinnigen Bankerott sehr nahe verwandte Vergehen des leichtsinnigen Aufborgens in unmittelbarem Anschlusse an die Bestimmungen über böslichen und leichtsinnigen Bankerott und noch vor der Fälschung und den sonst in dieses Capitel verwiesenen betrüglichen Handlungen erwähnt, auch auf die Bestimmungen über böslichen und leichtsinnigen Bankerott in der im Art. 309 enthaltenen Definition des leichtsinnigen Aufborgens Bezug genommen wird, so läßt sich, zumal der Grund, welcher nach den Motiven zu dem dem Art. 50 der StPO. correspondirenden Art. 36 des Entwurfes den Gesetzgeber zu der Verweisung des böslichen und leichtsinnigen Bankerotts vor das Gericht des Wohnortes, beziehentlich des letzten Aufenthaltsortes oder des Ortes der Ergreifung bestimmt hat, auch auf das leichtsinnige Aufborgen volle Anwendung leidet, nicht bezweifeln, daß Art. 50 der StPO. auf das im Art. 309 des StGB.'s erwähnte Vergehen mit zu beziehen sei.

2.

Der Einzelrichter verhängt keine Nichtigkeit, wenn er wegen eines an sich vor ihn gehörigen Verbrechens Untersuchung einleitet oder fortstellt, obwohl er Kenntniß davon hat, daß wegen eines zur Competenz des Bezirksgerichts gehörigen Verbrechens die Untersuchung gegen den nämlichen Angeschuldigten anhängig ist oder bevorsteht. — Zu Art. 58 StPO.

Erkenntn. v. 3. Decbr. 1862 no. 1265/1263.

Wenn ein Einzelrichter Nachricht von einem zur Zuständigkeit

Digitized by Google

des Bez.-Ger. gehörigen Verbrechen eines Angeschuldigten erlangt, gegen den auch die Anzeige eines nach Art. 44 der StPO. zu beurtheilenden Verbrechens vorliegt, es gleichwohl aber unterläßt, dem zuständigen Bezirksgerichte Anzeige darüber zu erstatten, vielmehr das, für sich allein betrachtet, vor ihn gehörige Vergehen besonders zur Untersuchung und Bestrafung zieht, so macht sich derselbe allerdings einer Verletzung der im Art. 58 Abs. 2 der StPO. enthaltenen Vorschrift schuldig. Es handelt sich jedoch hierbei nicht um eine derartige Formverletzung, welche nothwendig zur Cassation des von dem Einzelrichter abgefaßten Erkenntnisses führen muß. Denn die die Nothwendigkeit gerichtsamtlicher Entscheidungen wegen Unzuständigkeit des Gerichts betreffenden Bestimmungen des Art. 63 der StPO., auf welche übrigens der Staatsanwalt das von ihm eingewendete Rechtsmittel auch gar nicht gestützt hat, beziehen sich nur auf die nach Art. 45, 46 der StPO. an sich schon vor das Bez.-Ger. gehörigen Verbrechen und nicht zugleich auf Einzelrichtersachen, die lediglich in Folge der Vorschrift des Art. 58 Abs. 1 von dem Bez.-Ger. mit untersucht werden sollen. In der hiernach allein in Frage kommenden, von dem Staatsanwalte auch allein hervorgehobenen Nichtbeachtung der gedachten, im zweiten Absatze des zuletzt angezogenen Artikels der StPO. enthaltenen Vorschrift kann aber schon insofern die Verletzung einer wesentlichen Vorschrift des Strafverfahrens selbst nicht erblickt werden, als allen für den Angeschuldigten daraus möglicherweise erwachsenden Nachtheilen durch die Bestimmungen des Art. 421 der StPO., welche unstreitig auch dann in Anwendung zu bringen sind, wenn mehrere Untersuchungen, die nach Art. 58 zu einer Untersuchung hätten vereinigt werden können, ohne Verschulden des Angeklagten nur aus Versehen eines Gerichts getrennt geführt worden sind, vorgebeugt ist.

3.

Das Befugniß der Bez.-Gerichte über die mittels Einspruchs gleichzeitig angefochtenen, durch unrichtige Gesetzesanwendung verhangenen materiellen Nichtigkeiten in zweiter Instanz zu entscheiden, ergreift nur dann

Digitized by Google

Platz, wenn der Einspruch zu Gunsten des Angeklagten eingewendet worden ist. — Art. 379 StPO.

Erkenntn. v. 15. Novbr. 1862 no. 1095/1137.

Gegen den Bl. anzutreffenden Bescheid der ersten Instanz hatte der Privatankläger deshalb Einspruch erhoben, weil der Angeklagte auf die Privatanklage mit einer zu geringen Strafe belegt, demnächst aber bezüglich der durch die Privatanklage gerügten Ehrverletzung klagfrei gesprochen worden sei. Demnächst hatte der Privatankläger in der noch innerhalb der Zehntagsfrist eingebrachten Ausführungsschrift auch die Gesetzunterstellung des erstinstanzlichen Erkenntnisses unter der Behauptung angefochten, daß die durch die zuerst gedachte Privatanklage gerügte und im Bescheide für erwiesen geachtete Aeußerung des Angeklagten nicht, wie im Bescheide geschehen, als Beleidigung, sondern als Verleumdung aufzufassen sei. Endlich waren in gedachter Ausführungsschrift von dem Privatankläger annoch einige Beschwerdepunkte bezüglich des die Kosten betreffenden Theiles des Bescheides aufgestellt worden.

Nachdem der Einspruch des Privatanklägers gegen den Bescheid der ersten Instanz nebst dem auch von dem Angeklagten gegen dasselbe Erkenntniß ergriffenen Einspruche dem Bez.-Ger. angezeigt worden war, verhandelte dasselbe in einem diesfalls anberaumten Termine über beide Einsprüche, und erkannte sodann, ohne daß sich seit der Bescheidsertheilung der factische Sachstand irgendwie geändert hatte, über die gedachten Rechtsmittel durch das Bl. zu lesende Urthel. So weit letzteres den Einspruch des Privatanklägers betraf, wurde der Bescheid zwar in Ansehung der vorerwähnten Klagfreisprechung und des Kostenpunktes bestätigt, dagegen aber der im Bescheide rücksichtlich der Privatanklage enthaltene Ausspruch, daß der Angeklagte wegen Beleidigung um 15 Thaler zu strafen sei, dahin abgeändert, daß der Angeklagte vielmehr wegen Verleumdung nach Art. 235 und 241 b. des StGB.'s mit einer Geldbuße von 25 Thalern zu belegen sei. Zu Motivirung dieser Abänderung wurde in den Entscheidungsgründen bemerkt, daß und warum in der für erwiesen zu achtenden Aeußerung des Angeklagten nicht sowohl eine Beleidigung, als vielmehr eine Verleumdung zu befinden sei, und daß die erkannte Strafe von 15 Thalern

Digitized by Google

den obwaltenden Verhältnissen gegenüber als eine zu geringe Ahndung erscheine.

Gegen das zweitinstanzliche Erkenntniß des Bez.-Ger. hat der Angeklagte Nichtigkeitsbeschwerde erhoben, und wenn nun zu Begründung dieses Rechtsmittels behauptet wird, das Bez.-Ger. sei gar nicht berechtigt gewesen, auf das Privatanklägers Einspruch die Rechtsansicht, auf deren Grund das erstinstanzliche Erkenntniß den Angeklagten bestraft habe, zu prüfen, so muß diese Behauptung für richtig anerkannt werden.

Nach Art. 379 der StPO. kann das Rechtsmittel des Einspruchs nicht wegen der Entscheidung über die Rechtsfrage eingewendet werden, und wenn schon nach dem Schlußsatze des bezogenen Artikels verb. mit Art. 348 der StPO. das Bez.-Ger., sobald es über einen nicht lediglich auf den Kostenpunkt beschränkten Einspruch des Angeklagten zu erkennen hat, auch die dem erstgerichtlichen Erkenntnisse unterliegende Rechtsansicht seiner Prüfung unterwerfen und zu Gunsten des Angeklagten sowohl den Strafantrag für rechtlich unzuläßig, als auch eine mildere Strafbestimmung für anwendbar erklären und hiernach das Erkenntniß abändern kann, so geht doch aus jenen Artikeln der StPO. zugleich hervor, daß das über einen Einspruch des Staatsanwalts oder Privatanklägers entscheidende Bez.-Ger. zur Prüfung der Rechtsansicht des erstinstanzlichen Erkenntnisses nicht ermächtigt, solche vielmehr, dafern nicht eine diesfallsige Nichtigkeitsbeschwerde des Privatanklägers mit vorliegt, für dem Letzteren gegenüber rechtskräftig geworden, zu achten hat. Dies auf den vorliegenden Fall angewendet, ergiebt sich, daß das Bez.-Ger. L., als es, ohne daß seit der Bescheidsertheilung das Factische sich geändert hatte, auf den Einspruch des Privatanklägers erkannte, keineswegs in der — gleichwohl sich beigelegten — Berechtigung stand, die Rechtsansicht der ersten Instanz in den Kreis seiner Beurtheilung zu ziehen, solche zu verwerfen, eine andere, dem Angeklagten ungünstigere Rechtsansicht zu substituiren, und auf diese, oder wenigstens zugleich mit auf diese, eine Erhöhung der in erster Instanz erkannten Strafe zu gründen. Daran konnte auch der Umstand nichts ändern, daß der Privatankläger behufs der Begründung seines Einspruchs die Gesetzunterstellung des erstgerichtlichen Erkenntnisses ausdrücklich angefochten hatte. In dieser Be-

Digitized by Google

ziehung hatte vielmehr das Bez.-Ger. sich die Frage zu stellen, ob insoweit der Einspruch des Privatanklägers lediglich für unzulässig zu erklären, und deshalb das betreffende Gravamen ganz außer Betracht zu lassen, oder ob mit Rücksicht auf Art. 90 Abs. 3 der StPO. der Einspruch des Privatanklägers, so weit derselbe die Gesetzunterstellung anfechte, als Nichtigkeitsbeschwerde anzusehen sei. Gelangte übrigens das Bez.-Ger. zu der letzteren Ansicht, so hatte es nach Art. 378 der StPO. weiter zu ermessen, ob es zweckmäßiger sei, zunächst den Einspruch des Privatanklägers zu erledigen, oder vorerst dessen Nichtigkeitsbeschwerde zur Entscheidung des OAG.'s zu bringen.

4.

Als neue, zum Antrage auf die Wiederaufnahme einer Untersuchung den Staasanwalt berechtigende Thatsache ist eine solche nicht zu betrachten, von welcher der Bezirksstaatsanwalt aus eigener Amtsthätigkeit Kenntniß haben, oder bei Einsicht in die amtlichen Notizen eines Amtsvorgängers Kenntniß sich verschaffen konnte. — Art. 386, 4 StPO.

Erkenntn. v. 3. Novbr. 1862 no. 1180/1117.

Es ist zwar das OAG. der Ansicht, daß die von einem Angeklagten verschwiegene Rückfälligkeit an sich zu den Thatsachen zu zählen sei, deren späteres Bekanntwerden Veranlassung zu einer Wiederaufnahme des Strafverfahrens geben könne, da es sich hier nicht um Anwendung einer höheren Strafe innerhalb des gesetzlichen Strafmaßes handelt, sondern um einen selbstständigen Strafzusatz, der von dem gesetzlichen höchsten Strafmaß für das neuere Vergehen unabhängig ist, dasselbe auch übersteigen kann. Allein da eine Wiederaufnahme, namentlich zu dem Zwecke einer Erhöhung der erkannten Strafe in keiner Weise begünstigt werden mag, so muß das OAG. bei Prüfung der für Anträge dieser Art gesetzlich vorgeschriebenen Erfordernisse streng verfahren. Artikel 386 unter 4 der StPO. gestattet der Staatsanwaltschaft die Wiederaufnahme des Strafverfahrens gegen den Angeklagten zu beantragen, wenn neue Thatsachen sich ergeben, aus denen hervorgeht, daß die Handlung desselben nach einem härteren Strafgesetze zu beurtheilen gewesen wäre, und Art. 390 der

Digitized by Google

StPO. definirt eine neue Thatsache ausdrücklich als eine solche, welche der Antragsteller in den dem Erkenntnisse vorausgegangenen mündlichen Verhandlungen nicht gekannt habe.

Wenn nun aber darüber kein Zweifel besteht, daß es dem Angeklagten gegenüber gleich sein muß, ob der den Wiederaufnahmeantrag stellende Staatsanwalt jene Thatsache gekannt habe, oder ob er sie hätte kennen sollen, daß vielmehr der Antrag in dem einen wie in dem anderen Falle für statthaft nicht zu achten sei, so konnte auch in dem vorliegenden Falle die Vorbestrafung D.'s wegen Diebstahls als eine dem Staatsanwalte zu L. neue Thatsache, zu deren Kenntniß er erst Bl. gekommen, nicht angesehen werden. Denn die beiliegenden Acten des Ger.-Amts L. sub Nr. weisen Bl. deutlich nach, daß die Staatsanwaltschaft zu L. im Jahre 1857 davon, daß D. wegen Diebstahls in Untersuchung genommen und bestraft worden ist, wiederholt amtliche Kenntniß erlangt hat.

Nun ist zwar nicht der gegenwärtige Antragsteller derjenige staatsanwaltschaftliche Beamte gewesen, dem jene Kenntniß persönlich gegeben worden ist, allein darauf kann nichts ankommen, denn die Staatsanwaltschaft zu L. ist eine öffentliche Behörde, die nicht mit den Personen der jeweiligen Beamten identisch ist, deren Kenntniß und Wissenschaft nicht von dem Gedächtnisse des einzelnen Beamten abhängig sein kann.

Das OAG. geht nicht so weit, zu behaupten, daß die irgend einem Mitgliede der Staatsanwaltschaft des Landes beiwohnende Kenntniß eines thatsächlichen Verhältnisses auf Grund der anerkannten Einheit der Staatsanwaltschaft überhaupt auch jedem anderen Mitgliede derselben beiwohnen müsse, weil diese Einheit im Hauptwerke nur in der Berechtigung sich gegenseitig zu vertreten und in der Verpflichtung beruht, den Weisungen der vorgesetzten einheitlichen Spitze nachzugehen, eine Verpflichtung der einzelnen Mitglieder der Staatsanwaltschaft aber, sich gegenseitig von allen thatsächlichen, möglicher Weise späterhin einflußreichen Vorkommnissen zu unterrichten, weder besteht, noch irgendwie ausführbar oder nur gedenkbar erscheint. Allein man kann auch die Grenzen, innerhalb deren einem staatsanwaltschaftlichen Beamten die Kenntniß thatsächlicher Verhältnisse zugemuthet werden kann, nicht zu

Digitized by Google

eng ziehen, sie keineswegs auf die Person jedes einzelnen Beamten und insbesondere auf die Person des Antragstellers beschränken.

Die aus einer derartigen Auffassung entspringenden Unzuträglichkeiten und Rechtsungleichheiten legen sich sofort zu Tage, wenn man erwägt, daß die staatsanwaltschaftlichen Beamten nicht nur sich einander zu vertreten berechtigt sind, sondern daß sogar für einzelne Staatsanwaltschaften mehr als ein Beamter angestellt ist, daher eine vielleicht vor kurzem erst erfolgte Vorbestrafung eines Angeklagten als dem Staatsanwalte unbekannt angesehen werden müßte, wenn zufällig bei der früheren Untersuchung der zweite Staatsanwalt amtirt hätte, während eine vor vielen Jahren, ja in einer anderen Gegend des Landes vorgekommene Vorbestrafung als eine solche anzuerkennen wäre, wovon dem Staatsanwalte Kenntniß beiwohne, sobald nur derselbe Beamte, wenn auch auf verschiedener Dienststelle an beiden Strafverfahren Theil genommen hätte, endlich auch sofort jede vom Staatsanwalte in dieser Hinsicht verhangene Unaufmerksamkeit dadurch würde wieder beseitigt, und das Gesetz zum Nachtheil des Beklagten umgangen werden können, wenn nur der Antrag auf Wiederaufnahme von einem anderen Beamten gestellt würde.

Hierzu kommt, daß jeder staatsanwaltschaftlichen Behörde durch Halten von Geschäftsverzeichnissen Mittel und Wege zu Gebote stehen, die Kenntniß von möglicher Weise künftig einflußreich werdenden Thatsachen für spätere Zeit und für die dann fungirenden Beamten zu fixiren, wie denn ja bereits reglementäre Vorschriften in dieser Richtung hin namentlich in §. 50 und 79 der Ausführ.-Verordn. v. 31. Juli 1856 vorhanden sind, welche insgesammt den Zweck verfolgen, die staatsanwaltschaftlichen Beamten von etwaigen Vorbestrafungen eines Angeklagten in Kenntniß zu setzen.

Hat ein Staatsanwalt dieser von ihm benutzten Mittel ungeachtet Kenntniß von der Rückfälligkeit eines Angeklagten nicht erlangt, so kann darin wohl eine Entschuldigung für ihn, nicht aber ein Grund gefunden werden, ein rechtskräftiges Erkenntniß wieder aufzuheben, und den betreffenden Angeklagten einer nochmaligen Verurtheilung zu härterer Strafe entgegenzuführen.

Digitized by Google

Präjudizien.

I. Römisches und Sächsisches Civilrecht.

5.

Ueber den Einfluß des Erlöschens einer Societät durch den Tod des einen Socius auf das Recht des anderen von den Erben Erfüllung des Vertrages in Bezug auf Immobiliarerwerbungen zu fordern. — Societas distractionis?

II. Sen.-Erk. v. 5. Septbr. 1862 no. 578/564*)

Man stimmt zwar mit der vorigen Instanz darin überein, daß in Folge des am 3. Januar 1861 während der Dauer des vorliegenden Prozesses eingetretenen Ablebens des ursprünglichen Beklagten J. G. F. Pf. der zwischen dem letzteren und dem Kläger eingegangene Societätscontract seine Endschaft erreicht habe. Man vermag jedoch der hieraus abgeleiteten Folgerung nicht beizutreten, daß die Pf.'schen

*) Kläger hatte mit Beklagter, während der Dauer des Prozesses verstorbenem, Erblasser wegen Ankauf eines Gutes zu gewinnbringendem Weiterverkauf einen Societätsvertrag abgeschlossen — die Contenta vergl. unten S. 51. — Beklagter Erblasser war nach erfolgtem Ankaufe als Civileigenthümer eingetragen worden. Kläger verlangte Ueberlassung des Miteigenthums zur Hälfte. Die IIda nahm an, daß dieses Petitum sich mit dem Erlöschen der Societät erledigt habe. Allein das OAG. — conform mit der Ima — condemnirte.

Digitized by Google

Erben, die jetzigen Beklagten, zu einem Mehreren nicht verurtheilt werden könnten, als zu Anerkennung der von ihrem Erblasser und von ihnen selbst bestrittenen Rechtsgültigkeit des Societätsvertrages und zum Anerkenntnisse der Verbindlichkeit, dem Kläger aus dem Nachlasse die nachweislichen Vermögensverluste zu vergüten, die für denselben durch die Weigerung des verstorbenen Pf., den gedachten Vertrag als für ihn bindend zu agnosciren und den Societätszweck seinerseits contractgemäß zur Ausführung zu bringen, entstanden seien.

Denn obwohl die Societät mit dem Tode des einen Gesellschaftsgenossen von selbst erlischt, und dieser Grundsatz nur insoweit eine Ausnahme erleidet, als einzelne Geschäfte zu der Zeit, wo der eine Socius verstorben, oder wo die übrigen Genossen von dem Ableben Kenntniß erlangt haben, ausgeführt oder wenigstens eingeleitet worden sind, so hat dennoch das Ableben des einen Gesellschaftsgenossen auf die zur Zeit des Eintritts desselben bereits erworbenen Rechte an dem Grundstamme der Gesellschaft, sowie auf den Antheil der einzelnen Socii an dem bis zum nurgedachten Zeitpunkte erlangten Gewinn, oder auf die Verbindlichkeit, den entstandenen Verlust antheilig zu übertragen, keinen Einfluß. Insbesondere bleibt das Miteigenthum der einzelnen Genossen an den Sachen, welche Behufs der Erreichung des Gesellschaftszweckes angeschafft worden oder auf eine sonstige Weise in das Eigenthum der Societät übergegangen sind, nach Beendigung der Societät unverändert, indem nunmehr jeder Genosse das Recht erlangt, auf Theilung der gemeinschaftlichen Sachen anzutragen,

l. 65 §. 13 D. pro socio (17. 2.) verb:

„Etsi distracta esset societas, nihilominus divisio rerum superest."

wiewohl eine reale Theilung lediglich durch die actio communi dividundo und nicht durch die auf die dem Societätsvertrage entsprechenden persönlichen Leistungen zu richtende actio pro socio, bei welcher der Richter zu keiner Adjudication berechtigt ist, herbeigeführt werden kann.

Schneider, über den Einfluß einer communio rei auf die Klagberechtigung der einzelnen Theilhaber gegen einander in Sell's Jahrbüchern Thl. 1, S. 393 fg.

Digitized by Google

Brinckmann, Verhältniß der actio communi dividundo und der actio negotiorum gestorum zu einander. Kiel, 1855. S. 6, S. 9 fg.

Im vorliegenden Prozesse hat der Erblasser der Beklagten bei pct. lit. cont. 22, ... 47 eingeräumt, daß er auf den Vorschlag des Klägers, mit letzterem das R.'sche Gut gemeinschaftlich zu erkaufen, sowie auf das Erbieten des Klägers, seine Erfahrungen, Bekanntschaften und Geschäftskunde zu dem Zwecke in Bewegung zu setzen, um dieses Gut über kurz oder lang mit Vortheil im Ganzen oder Einzelnen wieder zu verkaufen, eingegangen sei, und deshalb mit Klägerm einen förmlichen Vertrag dahin abgeschlossen habe, daß Beide das genannte R.'sche Gut zu C. sammt Beigrundstücken mit einander gemeinschaftlich und zu gleichen Antheilen ankaufen und Kläger nicht blos das Miteigenthum an den erkauften Grundstücken, sondern auch in Ansehung des im Voraus intendirten Wiederverkaufs derselben, vorausgesetzt, daß ein solcher mit Gewinn zu bewerkstelligen sein würde, die alleinige und freie Disposition dergestalt haben solle, daß er, Pf., einen derartigen Wiederverkauf zu hindern nicht berechtigt sein solle, endlich daß im Einverständnisse beider Parteien ein Kaufvertrag über das R.'sche Gut, in welchem der Erblasser der Beklagten als Käufer aufgeführt worden, gefertigt und letzterer als Civilbesitzer desselben im Grund- und Hypothekenbuche eingetragen worden sei. Wenn nun auch zufolge der Rationen rechtskräftig feststeht, daß der Erblasser der Beklagten die R.'schen Grundstücke für die Societät erkauft habe, so erscheint das Verlangen Klägers, daß die Beklagten zum Anerkenntnisse seines Miteigenthums an den früher dem R. zugehörigen, von dem Erblasser der Beklagten erworbenen und jetzt vermöge Erbrechts auf die Beklagten übergegangenen Immobilien nach einer idealen Hälfte verurtheilt werden, vollkommen begründet.

Die vorige Instanz ist zu einer abweichenden Ansicht gelangt, weil sie theils den in der Klage geltend gemachten Societätsvertrag als eine sogenannte societas distractionis*) angesehen, theils angenommen hat, daß der Anspruch des Klägers auf Einräumung des Miteigenthums an den von dem verstorbenen Pf. für die Societät

*) Treitschke, Gewerbegesellschaft, S. 88.

Digitized by Google

erkauften R.'schen Grundstücken an die stillschweigende, in der Natur des Vertrags liegende Resolutivbedingung geknüpft worden sei, daß dieser Anspruch dann rechtliche Wirksamkeit verliere, wenn durch casus die Ausführbarkeit des Societätszweckes aufgehoben und dem Kläger, welcher sich seinerseits nicht zu einer Geldeinlage, sondern lediglich zu dem Conferiren von Diensten verbindlich gemacht habe, die Füglichkeit entzogen werden sollte, den Bl. erwähnten Beitrag von Mühwaltungen und Geschicklichkeit der Societät zu gewähren. Dieser Auffassung vermag jedoch das OAG. nicht beizupflichten. Denn nach der von dem Erblasser der Beklagten eingeräumten Sachdarstellung ist nicht nur die Societät ausdrücklich zum Zwecke des gemeinschaftlichen Ankaufs und Verkaufs der R.'schen Grundstücke eingegangen, sondern auch der gedachte Societätszweck, so weit er sich auf Ankauf der genannten Immobilien bezogen, noch bei Lebzeiten Pf.'s erreicht worden. Auch kann darauf, daß der verstorbene Pf. die Gelder zu dem Ankaufe der R.'schen Grundstücke allein hergegeben hat, etwas nicht ankommen, weil eine Societät, bei welcher der eine Genosse Geld, der andere lediglich Dienstleistungen als Einlage gewährt, zulässig ist, und Kläger schon bei dem Erwerbe der genannten Immobilien Thätigkeit insofern entwickelt hat, als von ihm der Erblasser der Beklagten zufolge des Geständnisses bei pct. lit. cont. 25 u. 36 auf den mäßigen Preis, um welchen diese Grundstücke zu erkaufen waren, aufmerkam gemacht und dem Verkäufer von der Absicht Pf.'s, das Gut zu erkaufen Mittheilung gemacht worden ist. Aus dem Vorstehenden folgt, daß eine societas distractionis nicht vorliegt, indem letztere nur dann angenommen werden könnte, wenn die Verabredung der Parteien dahin gegangen wäre, daß der Erblasser der Beklagten das von R.'schen zu erkaufende Gut, Kläger aber Mühwaltungen und Dienste beitrage. Bei einer solchen Vereinigung würde allerdings die Frage entstehen, ob das Eigenthum an dem von dem Erblasser der Beklagten der Gesellschaft zur Erreichung eines Gewinnes bei dem Weiterverkaufe überlassenen Gute auf die Societät übergegangen sei, und ob mithin der Kläger, nachdem die Gesellschaft in Folge des Ablebens eines Gesellschaftsgenossen ihre Endschaft erreicht habe, das Miteigenthum und die Theilung des zum Weiterverkaufe bestimmten Gutes verlangen dürfe. Diese Frage ist jedoch im vor-

Digitized by Google

liegenden Falle ausgeschlossen, weil dem Kläger in dem Societätscontract das Miteigenthum an dem für die Societät zu erkaufenden R.'schen Gute ausdrücklich zugestanden worden ist, sonach Kläger das Miteigenthum an dem gedachten Gute mit dem Augenblicke, wo dasselbe von seinem Gesellschafter für die Societät angekauft worden ist, erlangt hat, wenn auch der Kaufschilling ausschließend aus dem eigenen Vermögen des Käufers bestritten worden sein sollte.

l. 2 C. pro socio 4. 37.

Würde aber selbst der Erblasser der Beklagten das Gut, welches er zufolge des Societätsvertrags für die Gesellschaft kaufen sollte, im eigenen Namen und mit der Absicht, dasselbe für sich zu behalten, gekauft haben — was jedoch zufolge der rechtskräftigen Rationen nicht vermuthet werden kann — so würde zwar das Eigenthum nicht von selbst auf die Gesellschaft übergegangen, der als Käufer im eigenen Namen aufgetretene Mitgesellschafter, beziehentlich dessen Erben, aber verbunden sein, die gekaufte Sache der Societät zu überlassen.

fr. 74 D. pro socio 17. 2.

Treitschke, die Gewerbegesellschaft §. 35, S. 97. 98. ed. 2.

6.

Das römischrechtliche Verbot der Cession litigiöser Forderungen ist h. z. T. nicht praktisch. — Exceptio litis pendentis.

A.

II. Sen.-Erk. v. 20. Febr. 1862 no. 925/962 v. 1861.

Das von der ersten Instanz als durchgreifend betrachtete, von der zweiten dagegen unentschieden gelassene Bedenken gegen die Giltigkeit der Abtretung eines klagbar gewordenen Anspruchs auf Grund der Bestimmungen der L. 2. 4. Cod. de litigios. (8. 37.) ist nach der Meinung des OAG.'s unbegründet. Daß die Anwendung der angezogenen Gesetzesstelle in Deutschland niemals eine allgemeine ge-

Digitized by Google

wesen, bestätigen außer den im vorigen Erkenntnisse allegirten Schriftstellern*) noch u. A.

Mühlenbruch, Cession des Forderungsrechts, S. 388.

Puchta, in Weiske's Rechtslexicon Thl. II., S. 646.

In der Erwähnung des Verbotes der Cession klagbar gewordener Forderungen in der Bl. citirten Stelle der Motiven zum Entwurfe des bürgerlichen Gesetzbuches**) kann ebenfalls ein Anerkenntniß der Anwendbarkeit des Satzes für die bisherige Praxis um so gewisser nicht gefunden werden, als an derselben Stelle die künftige Nichtanwendbarkeit noch anderer, ganz unzweifelhaft schon durch die bisherige Rechtsübung außer Wirksamkeit gesetzter Rechtsmeinungen ausgesprochen ist, ohne Zweifel nur in der Absicht, den Bereich des controversen Rechtes zu beschränken.

Abgesehen aber davon, daß in den gegenwärtigen Verkehrsverhältnissen durchaus keine Veranlassung zur Anwendung einer ursprünglich jedenfalls von demselben Gesichtspunkte, wie das Verbot der cessio ad potentiorem ausgehenden,

vergl. Puchta, a. a. O.

die Vermögensdisposition beschränkenden Bestimmung liegt, ist für gewisse Fälle das Gegentheil durch die Gesetzgebung sogar sanctionirt, wie z. B. für die Fälle, in denen klagbar gemachte Rechte als Accessorien von Eigenthumsgegenständen auf andere Personen übertragen werden müssen, bei Singularsuccessionen besondere Vorschriften über zu beachtende prozessualische Formen im XVII. Titel der Erl. Pr.O. von der Reassumtion des Prozesses bestehen, so daß kein erhebliches Bedenken entgegensteht, das gedachte römischrechtliche Verbot als ein antiquirtes zu betrachten.

Das zweite, auf die nämlichen factischen Unterlagen sich gründende und für die Entscheidung zweiter Instanz maßgebend gewordene Bedenken, daß die Frage über die Existenz des von W. und Z. an die Beklagten cedirten Forderungsrechtes bereits anderweit Gegenstand

*) Vergl. Bachofen, auserwählte Lehren, Abth. II. — Zimmermann, im Arch. f. d. Civ.-Pr., Bd. XXXV., S. 431 fg., XXXVI., S. 49 fg., Hartter, in der Ztschr. f. CR. u. Pr. N. F. Bd. XII., S. 395 fg.

**) Specielle Motiven, S. 780 zu §. 991.

Digitized by Google

rechtlicher Entscheidung sei, konnte nach der Ansicht des OAG.'s ebenfalls nicht dahin führen, das exceptivische Vorbringen der Beklagten unbeachtet zu lassen. Es liegt gegenwärtig der Fall vor, in welchem ein Theil eines Anspruchs, der agendo verfolgt wird, zugleich compensando geltend gemacht werden soll. Für einen solchen Fall nimmt aber schon das römische Recht die exceptio litis pendentis nicht an, sondern gestattet die Fortstellung beider Rechtsstreite.

L. 8 D. de compensat. (16. 2.)

Hasse, im Archive für die civil. Praxis Bd. VII., S. 169.,

Krug, Lehre von der Compensation §. 94, S. 250 fg.

An sich erscheint es also unbedenklich, den Compensationsanspruch Beklagter zu berücksichtigen, wenngleich derselbe Gegenstand des Klaganspruchs in einem anderen Rechtsstreite ist.

B.

III. Sen.-Erk. v. 21. Juni 1862 no. 32/29.

Die Frage, ob das auf die §. 2—4 C. de litigiosis (8. 37.) gegründete Verbot der Cession litigiöser Forderungen noch gegenwärtig bestehe, ist allerdings bestritten. Die Praxis hat sich jedoch schon in der älteren, und namentlich in der neueren Zeit der Ansicht zugewandt, daß jenes Verbot als Regel nicht mehr zu berücksichtigen sei, und das OAG. hat auch bereits in ähnlichen, zu seiner Entscheidung gelangten Fällen im Allgemeinen keinen Anstoß an der Abtretung einer rechtshängigen Forderung an dritte Personen und der Fortstellung des Prozesses durch den Cessionar genommen. Für die Richtigkeit dieser Ansicht läßt sich außer der von voriger Instanz erwähnten Gesetzesanalogie noch der Umstand geltend machen, daß nach dem in Sachsen geltenden Civil- und Prozeßrechte der debitor cessus durch eine im Laufe des Prozesses erfolgte Abtretung der geklagten Forderung, weder in materieller, noch in formeller Hinsicht in eine wesentlich schlimmere Lage bezüglich seiner Rechtsvertheidigung versetzt wird.

Ebenso wenig hat man aus der Litispendenz und beziehentlich den Bestimmungen der Erl. Pr.O. ad tit. V. §. 9 über die Abänderung oder Zurücknahme rechtsanhängig gewordener Klagen ein Bedenken gegen die Statthaftigkeit der vorgeschützten Ausflucht zu entlehnen vermocht. Es ist bereits Bl. ausgeführt worden, daß eine

Digitized by Google

zunächst im Wege der Klaganstellung geltend gemachte Forderung gegen den seinerseits wegen einer anderen Forderung als Kläger auftretenden Schuldner zum Behufe der Compensation als Ausflucht benutzt werden kann, und daß solchenfalls der Fortgang beider Prozesse nicht unbedingt unzulässig ist. Dazu kommt nun im vorliegenden Fall, daß die Cedenten der Beklagten W. und Z. infolge der, wie gezeigt, zulässigen Abtretung eines Theiles ihrer gegen den Cedenten des Klägers bereits agendo verfolgten Forderung nicht blos vollkommen berechtigt, — sondern mit Rücksicht zumal auf die behauptete Benachrichtigung des abgetretenen Schuldners und die Erklärung des Cessionars, den ihm abgetretenen Forderungsbetrag mit seiner Schuld compensiren zu wollen — verbunden gewesen sein würden, sich der weiteren Fortstellung des Prozesses hinsichtlich des cedirten Forderungstheiles zu enthalten. Wenn also die Cedenten W. und Z. dem Prozeßgericht die erfolgte Cession sofort angezeigt und dabei zugleich erklärt haben, daß sie den Prozeß nur wegen des Restes ihrer Stammforderung sammt Zinsen und Kosten fortstellen wollten, so kann dies nicht als eine Klagzurücknahme im Sinne der Erl. Pr.O. ad tit. V. §. 9, sondern nur als eine rechtliche Folge der behaupteten und an sich statthaften Cession angesehen werden, vermöge deren der Cessionar wohl berechtigt, aber nicht verpflichtet gewesen, in den ursprünglich wegen des gesammten Forderungsbetrages von seinen Cedenten angestellten Prozeß einzutreten, wenn er es vorzog, die ihm abgetretene Forderung durch besondere Klage oder im Wege der Ausflucht zu verfolgen.

Krug, die Lehre von der Compensation §. 94, S. 250 fg.

7.

Zur Lehre von der Sachsenbuße.

II. Sen.-Erk. v. 4. Octbr. 1862 no. 570/585.*)

Der Satz, daß bei unberechtigter Haftanlegung oder Haftverlängerung eine Verschuldung Seiten dessen, der die Haft anlegt oder

*) Kläger, Fleischer, Schänk- und Speisewirth zu L., fungirt nebenbei zeitweilig als Musikus. Als solcher war er mit sieben Anderen am 24. Juni 1860 beim Schänkwirth und Fleischer G. zu B., einem von L. einige Stun-

Digitized by Google

verlängert, stattgefunden haben müsse, um einen Anspruch auf Sachsenbuße gegen diesen Letzteren oder gegen den die Handlungen seiner Organe innerhalb ihres Berufskreises vertretenden Staat zu begründen, erfordert wird, wird von Seiten des Klägers nicht bezweifelt und ebenso wenig vom Beklagten, daß das Staatsorgan, um dem Anspruche auf Sachsenbuße zu verfallen, nicht dolose, in Erkenntniß der Widerrechtlichkeit seiner Handlungsweise, die Haft angelegt oder verlängert zu haben beanspruche, sondern daß der Anspruch auch durch blos culpose Handlungen, die Anlegung oder Verlängerung der Haft aus Fahrlässigkeit begründet werde; es bewegt sich vielmehr, wie in den meisten Fällen, in denen die Gewährung von Sachsenbuße auf Grund eines culposen Verhaltens des betreffenden Organs des Staates einerseits gefordert, andererseits verweigert wird, der Controvers

---

den entfernten Dorfe eingekehrt. In der Nacht vom 26.—27. Juni erfolgte bei G. ein Einbruchsdiebstahl, bei welchem insbesondere auch Knackwürste und Schinken entwendet worden. Von den Gerichtsorganen waren nun folgende Momente als Klägern verdächtigend angesehen worden. Zwei der Genossen Klägers hatten am 24. anscheinend das Fenster betrachtet, durch welches der Einbruch zwei Tage später ausgeführt worden. Kläger hatte am 29. Juni seine Gäste mit Knackwürsten bewirthet, welche angeblich von seinen gewöhnlichen Producten dieser Art verschieden und der Beschreibung nach denen des Bestohlenen ähnlich gewesen. Am 6. Juli hatte Kläger fünf Stück Schinken nach Dr. zum Verkauf gebracht, von denen später drei dem Bestohlenen vorgelegt wurden, und hinsichtlich deren er erklärte: „daß seinem Dafürhalten nach und zwar in Betracht der Art der Arbeit, d. h. der Behandlung, insbesondere der Art des Ausschneidens, sowie der Form und der Größe die ihm vorgezeigten mit den ihm entwendeten vollkommen gleich wären und er selbige für die seinen halten müsse." Auf Grund der letzteren angeblichen Recognition wurde Kläger verhaftet und vom 23. Aug. bis 8. Sept. 1860 in Haft gehalten, jedoch da die Staatsanwaltschaft den Antrag auf Fortstellung der Untersuchung bedenklich fand, wieder entlassen. Er klagte auf Sachsenbuße gegen den Staatsfiscus. Das OAG. condemnirte, nach Fixirung der im Text gegebenen Gesichtspunkte des specielleren ausführend, wie die wider Klägern von den Organen der Gerichtspolizei aufgebrachten Momente, bei richtiger Würdigung ihres Gewichts, namentlich bei Berücksichtigung der Trüglichkeit jener scheinbaren Recognition und der sonst einschlagenden Momente nicht ausreichend erscheinen konnten, um die Verhaftung Klägers, welcher bei seinen Befragungen allenthalben unverfängliche Auskunft gegeben, zu rechtfertigen.

Digitized by Google

um Beantwortung der Frage, ob im gegebenen Falle derjenige Grad von Schuld vorhanden oder nicht vorhanden sei, welcher die Verbindlichkeit zur Gewährung von Sachsenbuße begründet.

Betrachtet man den Staat als Ideal des Rechtszustandes und alle Handlungen irgend einer Art der Staatsverwaltung als unmittelbar von ihm ausgehend, so könnte man die Ansicht für gerechtfertigt halten, daß jede Verschuldung, selbst die leichteste, zur Vertretung, also jede culpose Freiheitsberaubung zur Sachsenbuße verpflichte. Allein da der Staat zu seinem Handeln nothwendig der Vermittelung von Persönlichkeiten bedarf, die menschlichen Fehlern und Irrthümern unterworfen sind, so können die Ansprüche in dieser Beziehung gegen den Staat nicht weiter ausgedehnt werden, als auf die Vertretung solcher Verschuldungen, welche den Persönlichkeiten, durch welche innerhalb ihres Berufskreises die in Frage kommende Handlung vorgenommen oder Thätigkeit unterlassen worden ist, nach dem für ihren Berufskreis zu beanspruchenden Maße von Ueberlegung und beziehentlich von Kenntnissen zu imputiren sein würden. Als Normen für diese relative culpa müssen die nämlichen Gesichtspunkte als maßgebend betrachtet werden, welche das Strafrecht bei Anrechnung oder Nichtanrechnung der Verschuldung zur Anwendung gebracht wissen will. Es rechtfertigt sich dies dadurch, daß — abgesehen davon, wie ungeachtet der von den Civilrechtslehrern versuchten Gliederung der culpa in lata, levis und levissima oder in abstracto und in concreto es immer an scharfen Grenzlinien zwischen den einzelnen Arten gebricht — die Sachsenbuße, wenn auch auf dem Wege des Civilprozesses verfolgbar, doch an sich mehr einen strafrechtlichen Charakter hat.

Nun bestimmt Art. 48 des StGB.'s, daß ungewöhnliche Bedachtsamkeit, außer wo eine besondere Verpflichtung dazu stattfindet, nicht zu verlangen sei. Besondere Verpflichtung zur Bedachtsamkeit ist aber nicht blos da anzunehmen, wo der handelnden Person in Bezug auf gewisse Gegenstände oder Handlungen Bedachtsamkeit ausdrücklich vorgeschrieben, wo Organen der Staatsgewalt mit bestimmten Worten diese Bedachtsamkeit für die Norm ihrer Berufsthätigkeit erklärt worden ist, sondern überall auch da, wo durch den Mangel ausreichender Bedachtsamkeit ein Nachtheil herbeigeführt werden würde, der entweder gar nicht, oder nicht vollständig, oder doch nur mit

Digitized by Google

besonderen Schwierigkeiten ausgeglichen werden kann. Zu den Nachtheilen aber, deren völlige Ausgleichung überhaupt nicht denkbar ist, gehört die Entziehung der persönlichen Freiheit, und das Recht des Staates, sie in gewissen Fällen zu verhängen, ist, wie jeder Eingriff in eine fremde Rechtssphäre, ein Nothrecht, das als solches stets nur mit besonderer Bedachtsamkeit zur Anwendung gebracht werden darf.

Wenn also Art. 151 der StPO. dem Richter, Art. 81 den mit der Gerichtspolizei betrauten Organen das Recht verleiht, gewissen Personen die Freiheit zu entziehen, so sind diese Organe der Staatsgewalt dadurch keineswegs der Verpflichtung enthoben, reiflich zu erwägen, ob die Bedingungen vorhanden sind, in welchen die Anlegung oder Verlängerung der Haft durch den Zweck der Ausübung der Rechtspflege geboten erscheint.

Nun macht Art. 151 dem Strafrichter allerdings zur Pflicht, die Verhaftung eines Angeschuldigten zu verfügen, wenn der Angeschuldigte Anstalten zur Flucht macht, oder den Umständen nach „der Flucht verdächtig" erscheint, mit dem Zusatze, daß die Annahme, daß der Angeschuldigte der Flucht verdächtig sei, keiner weiteren Rechtfertigung bedürfe, sobald das Verbrechen, um welches es sich handelt, mit Todes- oder Zuchthausstrafe bedroht sei. Es ist auch dem Beklagten zuzugeben, daß das Verbrechen, das den Gegenstand der in Frage kommenden Untersuchung bildet, in thesi ein auch mit Zuchthausstrafe bedrohtes sei, obwohl kein Grund vorliegt, anzunehmen, daß bei erwiesener Schuld nicht auf die gleichfalls zulässige gelindere Strafe des Arbeitshauses erkannt worden sein würde. Allein, daß es deshalb Pflicht des Untersuchungsrichters gewesen sei, den Angeschuldigten in Haft zu nehmen oder in Haft zu halten, ist darum noch keineswegs richtig. Wenn das Gesetz sagt, die Annahme, daß ein Angeschuldigter der Flucht, oder vielmehr der Absicht der Flucht verdächtig sei, solle gerechtfertigt erscheinen, sobald eine der gedachten Strafen in Aussicht stehe, so setzt dies natürlich immer voraus, daß nicht überwiegende Gründe für die gegentheilige Annahme sprechen. Es würde offenbar widersinnig sein, wenn der Richter eine Person, deren Körperbeschaffenheit eine Flucht unmöglich macht, verhaften wollte, weil ihr Zuchthausstrafe bevor stände, und so sind mancherlei Gründe denkbar, die vernünftigerweise die Voraussetzung begründen

Digitized by Google

müssen, daß ein Angeschuldigter der bevorstehenden harten Strafe ungeachtet einen Versuch zur Flucht nicht machen werde. Allein davon ganz abgesehen, ist die durch das Wort „soll" im Artikel sich als präceptiv ankündigende Vorschrift der Verhaftung eines der Flucht verdächtigen Angeschuldigten nach den Eingangsworten des Artikels immer von der Voraussetzung abhängig, daß der Angeschuldigte des fraglichen Verbrechens verdächtig sei oder bleibe.

Der Ausdruck „verdächtig" ist von sehr relativer Bedeutung, subjectiv, insofern die Wirkung, welche die Kenntniß von gewissen Thatsachen auf das Urtheil derjenigen ausübt, welchen diese Kenntniß ward, eine sehr verschiedene sein kann, je nach ihren natürlichen Verstandeskräften, ihrer Uebung im Schließen, ihrer Erfahrung. Allein wie einerseits hier nicht ein solches Urtheil als maßgebend betrachtet werden kann, das auf vorzügliche Schärfe des Verstandes, Uebung im Schließen, Erfahrung und umfassende Sachkenntniß sich gründet, so kann auch auf der andern Seite nicht ein Dafürhalten genügen, das ohne Zergliederung der gebotenen Thatsachen und ohne Würdigung vorhandener Umstände im Bereiche eines dunkeln Gefühles zurückbleibt, es muß mindestens ein Urtheil erkennbar sein, welches demjenigen Verstandes- und Bildungsgrade entspricht, welchen der Staat bei den Personen, denen er eine Funktion anvertraut, nach dem Bedürfnisse dieser Funktion vorauszusetzen berechtigt ist.

Aber auch objectiv kann der Verdacht ein sehr verschiedener sein, ein naher, wenn aus den gegebenen Thatsachen eine größere Wahrscheinlichkeit für, ein entfernter, wenn eine größere Wahrscheinlichkeit wider die Annahme der Schuld sich ergiebt. Kann diese Wahrscheinlichkeit einerseits bis zu dem Grade sich steigern, daß sie der vollen Ueberzeugung von der Schuld sich nähert, so kann sie auf der andern auch eine so geringe sein, daß sie an die Ueberzeugung von der Nichtschuld anstreift. Wo aber das Gesetz im Allgemeinen vom Verdacht und vom verdächtig spricht und an dessen Vorhandensein gewisse Folgen knüpft, da kann es nicht sowohl die beiden Extreme oder eines derselben im Auge haben, sondern es setzt einen Mittelzustand als Minimum voraus, in welchem die Gründe für oder wider die Annahme einer Schuld sich ungefähr die Wage halten, wenn, wie man zu sagen pflegt, „eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Bezüchtigung

Digitized by Google

spricht," bei deren Abwägung darauf, welche formelle Beweiskraft das Gesetz gewissen Beweismitteln zugesteht, oder welches Gewicht nach gemeinhin geltenden Grundsätzen gewissen Thatsachen beigelegt zu werden pflegt, die Entscheidung nicht unbedingt gesetzt werden kann, weil es sich nicht um Herstellung formeller Wahrheit handelt, sondern um die Wirkung, welche gewisse Thatsachen nach den Gesetzen der Logik und Erfahrung auf das Dafürhalten zu äußern vermögen.

8.

Denselben Gegenstand — Sachsenbuße — betreffend.

II. Sen.-Erk. v. 9. Mai 1862 no. 296/285.*)

Das Recht des Staates zu Eingriffen in die persönliche Freiheit

*) Dem Schuhmacher R. in C. waren zwischen dem 19. und 27. Dec. verschiedene Gegenstände entwendet worden, darunter ein blauer Tuchmantel, ein blauer und ein russisch-grüner Rock. Sch., ein übelberüchtigtes Subject, das mit F.'s Tochter in einem Liebesverhältniß stand, war mit einem Mantel der gedachten Art in Leipzig mehrfach gesehen und dort zur Haft gebracht worden. Er ward am 13. Januar an das Gerichtsamt B. abgeliefert und dabei zugleich vom Gensd'arm ein Brief übergeben, der diesem vom Gemeindediener H. — anscheinend aus dem Aufenthaltsorte der F.'schen Tochter — ausgehändigt worden war. Der Brief war vom 10. Januar datirt, mit F.'s Namen unterschrieben und an seine Tochter gerichtet. Unter andern ward darin gefragt, wo Gustav (Sch.) nur seine Sachen habe, den Mantel und den schwarzen Ueberzieher? wo er sei und eigentlich arbeite, er komme ihm ängstlich und unruhig vor, sie möge ihn ausforschen, er, F., habe kein Herz dazu. Nebenbei erwähnte der Schreiber des Briefes, daß er durch ein Fußleiden an das Haus gefesselt sei.

Das GA. verfuhr darauf mit F.'s Arretur, befragte ihn über Sch.'s letzte Anwesenheit und darüber, ob er den Brief verfaßt habe. Letzteres stellte F. in Abrede, allein obwohl das Gericht am Ende des Protocolls bemerkt, die Handschrift stimme mit der dem Gericht wohlbekannten F.'s nicht überein, beschloß man dennoch F. in Haft zu behalten. Nunmehr wurde F.'s Tochter mediante requisitione über den Brief befragt, und, sie erklärte, daß der Brief von Sch. mit ihrer Einwilligung geschrieben worden, um ihre Wirthsleute glauben zu machen, daß ihr Geliebter nicht ohne Mittel, namentlich mit Kleidungsstücken wohlversehen sei. Sch. bestätigte die Richtigkeit dieser Angabe und das Ger.-Amt B. resolvirte nach erlangtem Einverständniß des Bez.-Ger. F.'s Entlassung. F. klagte auf Sachsenbuße wegen ungerechtfertigter Haft und die Instanzen AG. Dresden und OAG. verurtheilten.

Digitized by Google

seiner Angehörigen ist ein Nothrecht, und die mit Ausübung dieses Nothrechtes betrauten Organe des Staates haben mithin die besondere Verpflichtung, es mit Bedachtsamkeit zu handhaben, thun sie dies nicht, so fällt ihre Handlungsweise unter den Art. 48 des StGB.'s normirten Begriff der Unbedachtsamkeit, der culpa, wie solche, wo es sich um Entziehung persönlicher Freiheit handelt, der Anspruch auf Sachsenbuße begründet. Kann nun auch die Bedachtsamkeit, die von den Organen des Staates in diesem Falle gefordert werden muß, immer nur eine in concreto sein und wird man daher bei solchen Eingriffen in persönliche Freiheit, die nothwendigerweise den mehr untergeordneten Organen anvertraut werden müssen, einen relativ niederen Maßstab für die erforderte Bedachtsamkeit anzulegen haben, so ist doch im vorliegenden Falle, wo die Freiheitsentziehung auf dem Beschlusse eines juristisch und logisch ausgebildeten richterlichen Beamten beruht, von möglichen persönlichen Unvollkommenheiten des handelnden Staatsorgans abzusehen, und die Frage so aufzufassen, ob ein richterlicher Beamter bei vollständiger Erwägung der Gründe für und wider durch das vorliegende Thatsächliche sich zur Haftanlegung hätte sollen bestimmen lassen oder nicht.

Das OAG. ist nun mit der vorigen Instanz zu der Ueberzeugung gelangt, daß durch die Thatsachen, welche bei der Verhaftung des Klägers vorlagen, der Richter sich nicht bestimmen lassen durfte, mit der Haftanlegung wider F. zu verfahren.

Abgesehen zunächst davon, ob es nicht zweckmäßiger gewesen wäre, über die Echtheit des als Grundlage des Verdachtes gegen F. betrachteten Briefes, die nach der Bemerkung über die Unähnlichkeit der Schriftzüge mit der dem Gericht bekannten Handschrift F.'s zweifelhaft erscheinen mußte, sich durch Befragung derjenigen Person, bei welcher der Brief aufgefunden worden, wie nachmals geschehen, Gewißheit zu verschaffen, wodurch jeder aus dem Inhalte des Briefes entlehnte Grund zu Vorschritten gegen F. sich sofort erledigt haben würde, oder ob nicht wenigstens, nachdem F. die Urheberschaft am Briefe verneint, die Arretur F.'s bis zum Ergebniß der weiteren hinsichtlich des Briefes vorgenommenen Erörterungen hätte ausgesetzt bleiben können, so ist auch der Inhalt des Briefes nicht von der

Digitized by Google

Art, um eine Betheiligung F.'s bei dem R.'schen Diebstahle vermuthen zu lassen.

Rührte der Brief von F. her, und war er nicht bestimmt, in die Hände des Gerichts zu gelangen, etwa in der Absicht, auf eine falsche Spur zu leiten, so muß man annehmen, daß der Schreiber sich darin über Sch. so ausgesprochen hat, wie er über ihn dachte. Nun verräth aber der Brief eben keine genaue Bekanntschaft mit Sch.'s Thun und Treiben, im Gegentheil ein gewisses Mißtrauen gegen ihn. Die Fragen, „wo derselbe sei, ob er denn eigentlich arbeite, er komme dem Schreiber ängstlich und unruhig vor," deuten wohl darauf hin, daß der Schreiber Sch.'n im Allgemeinen eine redliche Erwerbsthätigkeit nicht zutraut, aber nicht, daß er Kenntniß bestimmter Unredlichkeiten von ihm hat. Die Aufforderung, ihn auszukundschaften, weil der Schreiber „das Herz nicht habe, ihn genau zu fragen," zeigt doch auch den Mangel derjenigen gegenseitigen Vertrautheit, die bei Genossen eines Verbrechens im Bezug auf dieses Verbrechen sich voraussetzen läßt.

Aus der Frage, „wo hat der seine Sachen, den Mantel und den schwarzen Ueberzieher?" läßt sich nicht einmal bestimmt entnehmen, ob F., vorausgesetzt, daß er den Brief geschrieben, gewußt oder auch nur geglaubt habe, daß Sch. einen Mantel und Ueberzieher besitze; die Frage konnte eben auch durch ein Mißtrauen in die Angaben Sch.'s über den Besitz derartiger Kleidungsstücke veranlaßt worden sein. Eine Identität der im Briefe erwähnten Kleidungsstücke mit den bei R. entwendeten vorauszusetzen, gebricht es auch an ausreichenden Gründen; denn wenn schon ein Mantel mit entwendet worden, dieser also der in dem Briefe erwähnte sein könnte, so ist doch zwischen einem schwarzen Ueberzieher und einem Rock von russischgrünem Tuch der Unterschied bedeutend genug, daß eine Verwechselung beider nicht vermuthet werden konnte.

Hätte aber selbst F. gewußt, daß Sch. die bei R. entwendeten Gegenstände besitze, oder sogar, daß er sie entwendet gehabt, so läßt sich doch daraus auf irgend eine Theilnahme am Diebstahle, sei es als Miturheber oder als Gehülfe oder nur als Begünstiger immer noch nicht schließen, und der Schluß auf Beihülfe oder auf Begünstigung würde, selbst wenn er berechtigt gewesen, mit Rücksicht auf

Digitized by Google

die Unerheblichkeit der dafür in Aussicht stehenden Strafe, die Anlegung der Haft nicht erfordert haben. Eine Collusion F.'s mit Sch. war, wie schon in den vorigen Gründen bemerkt worden, nicht zu denken, weil Sch. bereits früher zur Haft gebracht worden war. Ob Kläger dies letztere zur Zeit der vermeintlichen Abfassung des Briefes oder selbst seiner Arretur vermuthet oder gewußt hat, darauf kommt nichts an, denn ohne die Möglichkeit der Collusion ist der Wille zu colludiren kein Grund, durch Verhaftung Collusionen zu verhindern. Daß F. denkbarer Weise mit anderen Personen, namentlich mit seiner Tochter, die mit Sch., wie ihm bekannt war, in einem näheren Verhältnisse gestanden, Verabredungen hätte treffen können, die Spuren von Sch.'s Verbrechen zu beseitigen, oder ihm den Erfolg seines Diebstahls zu sichern, reicht an sich nicht aus, die Verhaftung zu rechtfertigen, sondern es muß auch gegründete Befürchtung vorhanden sein, daß auf ein oder die andere Weise hindernd in den Gang der Untersuchung werde eingegriffen werden. Solche Befürchtungen sind aber aus dem Briefe schlechterdings nicht zu entnehmen, im Gegentheil ergiebt sich aus demselben, daß eine persönliche Zusammenkunft F.'s mit seiner Tochter mit Schwierigkeiten verbunden gewesen sein würde, und die Wahrscheinlichkeit eines Verkehrs anderer Art war jedenfalls eine sehr entfernte.

Wenn nun auch außer der Voraussetzung, daß F. den Brief geschrieben habe, in Erwägung gekommen ist, daß F. an Sch. ein näheres Interesse insofern hatte, als dieser seine Tochter zu ehelichen beabsichtigte, und daß F. früher selbst einmal wegen eines Eigenthumsverbrechens in mehrmonatige Arbeitshausstrafe verurtheilt gewesen ist, so sind beides doch nur Umstände, die einen schon begründeten Verdacht wohl erhöhen, die aber nicht an sich unverdächtige Umstände zu verdächtigen machen können. Man hat daher mit der vorigen Instanz die Anlegung der Haft gegen F in keiner Beziehung gerechtfertigt finden können.

Digitized by Google

9.

Neben dem Anspruche auf Sachsenbuße, wo dieser begründet, kann auch der Anspruch auf Vergütung der durch die ungerechtfertigte Freiheitsentziehung entstandenen Schäden geltend gemacht werden.

II. Sen.-Erk. v. 11. Septbr. 1862 no. 569/584.

(Der Satz wurde als ein unter den particularen Rechtslehrern allgemein anerkannter [Hommel, Rhaps. Obs. 671 no. 18. — Kind, Quaest. for. tom. II. Cap. 51 ed. II. p. 200. — Biener, Quaest. cap. 76, in Opusc. tom. II. p. 290. — Curtius, Handbuch §. 1159 not. e. — Haubold, Lehrbuch §. 302] unter Hinweis darauf, daß er auch im Entwurfe des bürgerlichen Gesetzbuchs §. 1527 [BGB. §. 1497] recipirt sei, in einem Falle ausgesprochen, wo Kläger ein Dienstknecht wegen — wenigstens ohne Grund verlängerter — Haft neben der Sachsenbuße Ersatz des Lohnes für einen Stellvertreter im Dienste gefordert hatte.)

10.

Zur Lehre von der pauperies nach Sachsenrecht.

II. Sen.-Erk. v. 16. Septbr. 1862 no. 493/488.*)

Das Anführen in der Klage, daß die Pferde des Beklagten, als dieselben am 17. Juni 1861 auf der sogenannten alten Freiberger Straße im wildesten Laufe dem Kläger entgegengekommen und gegen das Pferd des Letzteren angeprallt seien, keinen Führer gehabt haben,

*) Beklagtens Pferde waren auf der D.-N.'er Chaussee angeblich durch vorbeiziehendes Militär scheu geworden und mit dem Geschirr durchgegangen; Beklagtens Knecht war abgeworfen worden. Auf der Chaussee daherstürmend, verfolgten sie die linke Seite, und ein ihnen entgegenkommender Reiter suchte Schutz hinter einem auf der anderen Seite befindlichen Steinhaufen Allein gerade an dieser Stelle lenkten die Pferde — angeblich in Folge des Versuchs eines auf der linken Seite befindlichen Mannes sie aufzuhalten — auf die rechte Seite und rannten die Deichsel ihres Geschirres in den Leib des Pferdes des Reiters, welches in Folge dessen umstand. — Letzterer forderte vom Beklagten Ersatz des Werthes seines Pferdes und die Instanzen erkannten condemnatorisch.

Digitized by Google

ist vollkommen ausreichend, um den Schaden, welcher in Folge des Zusammenstoßes der Pferde des Beklagten mit dem Pferde des Klägers diesen betroffen haben soll, als einen solchen zu kennzeichnen, für den der Beklagte dem Kläger nach den über die pauperies bestehenden gesetzlichen Vorschriften aufzukommen verbunden ist. Denn in Fällen dieser Art ist lediglich die Situation ins Auge zu fassen, in welcher das Schaden bringende Thier zur Zeit und am Orte der Schadenstiftung sich befunden hat.

Wochenbl. f. merkw. Rechtsfälle Jahrg. 1858, S. 23.

Es erhellt hieraus zugleich, daß in der von dem Beklagten unter 1. aufgestellten Behauptung, wonach er am Morgen des 17. Juni 1861 seine Pferde der Aufsicht eines Knechtes übergeben gehabt haben will, eben darum weil, wie von dem Beklagten selbst angeführt worden ist, zu der in Rede stehenden Zeit die Pferde der Leitung ihres Führers sich entzogen hatten und durchgegangen waren, ein schlüssiges exceptivisches Vorbringen nicht enthalten sei.

Die Behauptung unter 2 dahin gehend, daß der Schaden, welcher dem Kläger durch die Pferde des Beklagten verursacht worden sein soll, von jenen nicht als contra naturam verübt anzusehen sei, stellt sich insofern als ohne Einfluß auf die Entscheidung der vorliegenden Sache dar, als, wie bereits von der vorigen Instanz angedeutet worden ist, das allgemeine Sachsenrecht

Sachsenspiegel Buch II. Art. 40.

Wernher, sel. obs. p. IX. obs. 56 p. 112.

Haubold, Privatrecht §. 104.

Wochenblatt für merkw. Rechtsf. Jahrg. 1859, S. 391.

Zeitschrift für Rechtspfl. und Verw. Bd. 22, S. 164.

bei der actio de pauperie keinen Unterschied macht, ob das Thier durch eine seiner Gattung nach nicht natürliche Wildheit oder ohne solche (contra oder secundum naturam sui generis) geschadet habe, vielmehr den Eigenthümer auch im letzteren Falle, dafern er nach erlangter Kenntniß von dem durch sein Thier angerichteten Schaden dasselbe bei sich behält, für ersatzpflichtig erachtet. Was aber das Vorbringen anlangt, daß ein Dritter, der Knochensammler F., die Pferde des Beklagten, als sie auf das Pferd des Klägers zugekommen, erfaßt gehabt und dieselben zum Stehen zu bringen versucht haben

Digitized by Google

soll, so würde darin eine den Beklagten von der ihm angesonnenen Verbindlichkeit zum Schadenersatz befreiende Handlung nur dann zu erblicken sein, wenn jener Dritte bei dem von ihm gemachten Versuche, die Pferde des Beklagten aufzuhalten, unvorsichtig zu Werke gegangen und erst hierdurch der in Frage stehende Unfall herbeigeführt worden wäre. Allein, daß dies der Fall gewesen sei, hat Beklagter nicht einmal zu behaupten vermocht.

11.

Condictio ob turpem causam. — Scheingeschäft.

II. Sen.-Erk. v. 9. Septbr. 1862 no. 549/570.*)

Die Beklagte bestreitet in ihrer Deduction hauptsächlich die Richtigkeit der Ansicht, welche in den Rationen der vorigen Instanz in Bezug auf die Frage, ob die Verabredung, welche nach Klägers Anführen der Abtretung (Umschreibung) der Bl. gedachten Forderung vorausgegangen ist, eine causa turpis enthalte, entwickelt worden ist. Dieser Ansicht würde man sich auch nicht in allen Punkten anschließen können.

Nach den Vorschriften des römischen Rechtes.

l. 1 D. de cond. ob turp. vel injust. causam. 12. 5.

omne quod datur aut ob rem datur, aut ob causam; et ob rem aut turpem aut honestam; turpem autem, aut ut dantis sit turpitudo, non accipientis, aut ut accipientis duntaxat, non etiam dantis, aut utriusque. — §. 2 quodsi turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest,

ist die Zurückforderung dessen, was wegen einer (künftigen) Handlung oder Unterlassung bereits gegeben worden ist, vermittelst der condic-

*) Kläger hatte angeblich, um seinen Gläubigern ein Hilfsobject zu entziehen, der darum wissenden Beklagten einen Außenstand zum Schein abgetreten. Als er unter Bezug hierauf Rückgewährung des Nomens forderte, kam in Frage, inwiefern diesem Suchen der Grundsatz: in pari turpitudine melior est conditio possidentis entgegenstehe. Das OAG. billigte die Ansicht, daß die diesfallsigen Grundsätze hier unanwendbar seien, weil Beklagte hier nur zum Schein causam habe. Ueber das Factische hatte der Eid zu entscheiden.

Digitized by Google

tio ob turpem causam gestattet, wenn sich der Empfänger — und zwar dieser allein — bei der Annahme des Gegebenen einer nach allgemeinen Begriffen unsittlichen Handlungsweise schuldig gemacht hat. Dagegen gehört es nicht zu dem Begriffe der turpis causa, daß bei der zwischen dem Geber und Empfänger diesfalls stattgefundenen Verabredung die Benachtheiligung einer dritten Person bezweckt und dieser Zweck erreicht worden sei. Im Gegentheile werden in den Quellen

l. 2 pr. und §. 1, l. 4 §. 2, l. 9 D. h. t.

l. 5. 6. C. h. t. 4. 7.

auch Beispiele der condictio ob turpem causam angeführt, bei welchen das Interesse einer dritten Person gar nicht im Spiele ist. Abgesehen also von der strafrechtlichen Seite des Falles ist es mindestens eine mit der Ehrbarkeit und der guten Sitte nicht zu vereinbarende Handlung, wenn der Schuldner eine ihm zugehörige Sache oder eine ihm zustehende Forderung unentgeldlich veräußert, um dadurch seinem Gläubiger ein Befriedigungsmittel zu entziehen, und ebenso unsittlich ist es, wenn der Empfänger wissentlich die aus diesem Grunde und zu diesem Zwecke veräußerte Sache oder Forderung angenommen hat, sollte auch diese Maßregel ohne Nachtheil für die Gläubiger geblieben sein. Der Beweis, daß die Forderung des betreffenden Gläubigers begründet gewesen, oder daß dem Schuldner andere Befriedigungsmittel nicht zu Gebote gestanden hätten, ist, wenn es sich nur um die Unsittlichkeit des Gebens und Empfangens handelt, entbehrlich; denn eines Theiles geht schon aus einer solchen Verabredung selbst hervor, daß die Parteien diese Forderung als bestehend betrachtet und deshalb vorausgesetzt haben, daß der Gläubiger zu seiner bezüglichen Sicherung und Befriedigung an das veräußerte Vermögensobject sich zu halten haben werde, andern Theils liegt auch die turpitudo hier schon in der Unsittlichkeit des auf die mögliche Erreichung eines unerlaubten Zweckes gerichteten Willens.

Dies vorausgeschickt, würde man allerdings, da selbst nach der Darstellung des Klägers beiden Theilen ein gleiches unsittliches Verhalten zur Last fällt, in Consequenz des Grundsatzes „ubi et dantis et accipientis turpitudo versatur, cessat repetitio“

l. 3, l. 4 §. 1, l. 8 D. h. t.

l. 5 C. h. t.

Digitized by Google

einen Anspruch auf Zurückgewährung der bereits abgetretenen Forderung der Ansicht des Beklagten und der ersten Instanz entsprechend als unschlüssig zu betrachten gehabt haben, wenn die gegenwärtige Klage überhaupt die Eigenschaft einer condictio ob turpem causam hätte und ausschließlich auf die Unsittlichkeit des Empfangens begründet worden wäre.

Allein wie die vorige Instanz mit Recht angenommen und der Kläger selbst bereits im rechtlichen Verfahren angedeutet hat, ist es nicht sowohl das Unsittliche des Zweckes, welcher durch die behauptete Verabredung erreicht werden sollte, sondern die Uebereinkunft, daß die Abtretung oder Umschreibung der fraglichen Forderung auf den Namen der Beklagten nur zum Scheine erfolgen und der Kläger der Inhaber der scheinbar veräußerten Forderung verbleiben solle, worin die vorliegende Klage ihre Begründung findet. Die condictio ob turpem causam setzt, wie sich aus den dieselbe betreffenden Quellenaussprüchen in den oben citirten Stellen unzweifelhaft ergiebt, jederzeit voraus, daß der Wille der Betheiligten wirklich darauf gerichtet gewesen sei, daß der Empfänger oder beziehentlich Promissar das Gegebene oder Versprochene erhalten und behalten solle, mit andern Worten, es muß ein Rechtsgeschäft zu Stande gekommen sein, dessen Gültigkeit zwischen den Paciscenten durch die Unsittlichkeit seines Zweckes dergestalt ausgeschlossen wird, daß die Erfüllung einer zu unsittlichen Zwecken gegebenen Zusage verweigert und wenn der Vorwurf der turpitudo nur den Empfänger trifft, selbst das bereits Gegebene zurückgefordert werden kann.

Haben sich nun, wie der Kläger beim 34., 35. Einlassungspunkte behauptet hat, die gegenwärtigen Parteien noch bei der Ausführung ihres Vorhabens darüber mit einander einverstanden erklärt, daß die in Form einer Umschreibung (vergl. die Klagbeifugen A. und B.) zu bewirkende Abtretung der gedachten Forderung nur zum Scheine erfolgen und das Geld (d. h. die scheinbar abgetretene Forderung) dem Kläger gehören solle, so ist der Wille derselben auf eine Veräußerung dieser Forderung an die Beklagte gar nicht gerichtet gewesen und somit auch eine solche Veräußerung in der That nicht zu Stande gekommen. Die Unsittlichkeit des Zweckes, der auf diesem Wege erreicht werden sollte, tritt in diesem Falle deshalb in den

Digitized by Google

Hintergrund, weil die Mitwirkung der Beklagten zur Hinterziehung eines Hülfsobjectes nicht den Rechtsgrund (die causa) eines wirklichen Gebens und Empfangens, sondern nur den Beweggrund für den formellen Abschluß eines Scheingeschäftes bildet, wobei der Gläubigerin des Klägers nicht durch eine wahre Veräußerung, sondern nur durch die Vorspiegelung einer solchen ein ihr zu Gebote stehendes Befriedigungsmittel entzogen werden sollte. Das Unrechtmäßige eines solchen Verfahrens der Gläubigerin gegenüber ist ebenso wenig geeignet, der Beklagten einen Gewinn zu verschaffen, auf den sie nach der erklärten Absicht beider Theile keinen Anspruch haben und erlangen sollte, als durch die Berufung auf die Unsittlichkeit des Zweckes der erklärte Wille der Parteien abgeändert und aus einem nur simulirten, ein wirkliches Rechtsgeschäft construirt werden kann.

12.

Ueber das Fischereiregal.

II. Sen.-Erk. v. 6. Juni 1862 no. 390/374.*)

Es ist zunächst nicht völlig genau, wenn Beklagter durch Bezugnahme auf

v. Römer, Staatsrecht Th. II., S. 794 fg.

den Satz gerechtfertigt erachtet, daß wenigstens bis zu Erlaß des Befehles vom 7. October 1800 rücksichtlich aller Flüsse, Seen, Bäche und übrigen Gewässer in sämmtlichen sächsischen Landen die Präsum-

---

*) Die Stadtgemeinde J. erhob wider den Fiscus Negatorienklage, weil dieser sie in der Fischerei in dem Schwarzwasser und dem Steinbache störe, deren Adjacentin sie in den Jahren 1839 und 1855 durch Verträge mit dem Fiscus wegen eigenthümlicher Ueberlassung theils beiderseitig, theils einseitig daran gelegener Grundstücke geworden. Der Fiscus prätendirte seiner Seits die Fischerei theils in Folge mehr als hundertjähriger Ausübung, theils vermöge des s. g. Fischereiregals, da jene Gewässer den öffentlichen Flüssen zuzuzählen seien. Wie nun ersteres Moment unerheblich erschien, da der Fiscus eben nicht kraft Befugnisses, sondern als früherer Adjacent die Fischerei i. Z. ausgeübt, so hatte die I^ma zwar in letzterer Beziehung auf Beweis für den Fiscus erkannt. Allein die II^da (AG. Zwickau) reformirte auf pure Condemnatoria und das OAG. bestätigte.

Digitized by Google

tion für deren öffentlichen Charakter eingetreten sei, dagegen das Privateigenthum daran, wo es behauptet, bewiesen werden müssen.

Ganz abgesehen davon nämlich, daß der gedachte Schriftsteller für seine Behauptung die Belege vermissen läßt, daß derselbe keine gesetzliche Auctorität beanspruchen kann, und daß er sich an der angezogenen Stelle wenigstens nicht juristisch scharf ausdrückt, so kann seine Behauptung „Jenes (die private Eigenschaft aller Gewässer) muß der Regel nach bewiesen werden, und das Letztere (die nicht private Eigenschaft) wird, wenigstens in Absicht der öffentlichen Flüsse, allemal vermuthet," nur so aufgefaßt werden, daß er seine Regel doch nur in Betreff der öffentlichen Flüsse statuirt. Welche Flüsse er aber zu den öffentlichen rechnet, dies erhellt aus Seite 795 §. 3 not. a. und ist an dieser Stelle wenigstens nicht der Steinbach aufgeführt.

Weiter aber entbehrt auch die Behauptung,

v. Römers, a. a. O., S. 804.

daß alle Fischerei in den öffentlichen Gewässern dem Landesfürsten (zu den Regalien) gehöre, in der Allgemeinheit, wenn darunter sämmtliche, S. 795 verzeichneten Gewässer als öffentliche Flüsse betrachtet werden wollen, einer gesetzlichen Begründung.

Den Grundsätzen des römischen Rechts entgegen stützt man die Regalität der Fischerei auf Tit. 56 Feud. II.

Berger, Oecon. jur. lib. II. tit. II. Th. IX.

Hier heißt es:

> Regalia sunt .... flumina navigabilia et ex quibus fiunt navigabilia .... piscationum reditus et salinarum ...

Allein wie dieses nach der älteren Anordnung im V. Buche de Feudis (quo variae constitutiones imperatorum ad hanc partem juris pertinentes continentur) stehende Fragment sich nur auf die dem Kaiser Friedrich in Italien zuständigen Regalien bezieht,

Cujacius, ad h. l. Opera Tom. I. pag. 766.

so verdankt die die Fischerei angeblich berührende Stelle, welche aus der L. 17 §. 1 D. de V. S. (50. 16.) und zwar aus der gegen den Text der Florentina verderbten Lesart der Vulgata (piscaria statt

Digitized by Google

picaria) entstanden ist, einem eben in dieser oder einer anderen Verwechselung fußenden Mißverständnisse ihre Entstehung.

Cujacius, l. c. pag. 767.

Während nämlich picaria eine Pechgrube oder eine Theerschwelerei bezeichnet, würden vectigalia piscariarum nicht reditus piscationum, sondern die Abgaben von den Fischmärkten sein.

Forcellini, lexicon, s. v. picaria und piscaria.

Dirksen, Manuale, s. v. picaria.

Kann daher jener Stelle an sich ein irgend erhebliches Gewicht für Entscheidung der Frage, inwiefern die Fischerei im Zweifel fiscalisch sei, nicht beigelegt werden, so geben auch die älteren sächsischen Fischordnungen für die Regalität der Fischerei nicht nur Etwas nicht, vielmehr sogar dieser Entgegenstehendes an die Hand.

Diese Fischordnungen

Richter, Repertorium s. v. Gewässer 2.

sind im Allgemeinen nur Polizeigesetze, bestimmt, um der Fischerei aufzuhelfen und der Verwüstung und Verödung der Fischwässer durch unpflegliche Ausübung jener zu begegnen.

Auf die Mulden und ihre Zuflüsse beziehen sich speciell:

Fischordnung auf der Mulde und Milde vom 16. März 1560 (III. C. C. A. II. 290.)

Fischordnung auf der Mulde und Bobritzsch vom 10. März 1575 (ib. 306.)

Fischordnung auf der Mulde, Striegis und Zschopau vom 10. März 1577 (II. C, C. A. II. 663.)

Während nun einzelne Gesetze, z. B. das

Mandat vom 1. Mai 1572 (C. A. II. 663.)

das Fischen in „unseren gehegten Fischwässern und Bächen" bei harter Strafe verbieten, geben die vorverzeichneten Fischordnungen — wie auch andere — an die Hand, daß vor deren Erlaß bei den Adjacenten „Auch denen vom Adel, Städtern und andern, so an dem Wasserstrohme der Mulden und Milden sashafftig und darin der Fischerei zu gebrauchen befugt seien, notturfftige erkhundigung" genommen worden. (III. C. C. A. II. 290.) Es werden auch solche, die nicht Adjacenten sind („ungeachtet obgleich dieselbigenn Bürger-, oder Pauersleutte, keine liegende gütter, am wasser p. haben — ib.

Digitized by Google

Seite 291" ꝛc.) von den Adjacenten als Fischberechtigten unterschieden. („Wo es aber an deme, daß dörffer an den Wassernn gelegenn, Vnnd die Einwohner derselbigen gütern daran liegen hätten, die mögen das streichen ꝛc." — ib. — „Erstlich Ordenen vnd setzen wir, das Alle Pauersleute, so an der Mulden und Boberitzsch, den Einflüssen, Bachen und Lachen gesessenn, In Iren gemeinen und Mietwassern, darjenen sie der Fischerei berechtigt" ꝛc. — ib. Seite 306.)

Es wird später den Adjacenten die Vermiethung der Fischerei verboten, dagegen die eigene Befischung „solch Wasser, daran sein Stück rühret" mit Beobachtung des für die Erhaltung der Fischerei erforderlich erachteten Maaßes aufgegeben. — C. A. II. 667 verb. „Als auch befunden ꝛc." —

In allen diesen Bestimmungen ist Etwas nicht erkennbar, was auf eine Präsumtion zu Gunsten des Fiscus schließen, oder die Adjacenten beweispflichtig erscheinen lassen könnte, insofern sie als solche, zumal an nicht öffentlichen Flüssen und Gewässern, die Fischerei prätendiren.

Ja es ist gewissermaßen eine Erweiterung des aus diesen und anderen Fischordnungen zu schließenden Rechtsverhältnisses, wenn man annimmt, daß die Fischerei wenigstens in den öffentlichen Flüssen fiscalisch sei, und nun für Bemessung des Begriffs öffentliche Flüsse, den Befehl vom 7. October 1800 §. 2 und das Generale vom 8. Mai 1811 §. 3 mit der Wirkung maßgebend erachtet, daß eben für solche die Präsumtion in Betreff der Fischerei zu Gunsten des Fiscus streite.

Ungegründet ist es aber, wenn Beklagter annimmt, daß der Beachtung dieser Gesetze nach der Seite hin, daß daraus erhelle, welche Flüsse allein öffentlich seien, das Bedenken entgegenstehe, daß der Gesetzgeber, wenn er die Zahl der bis Ende des vorigen Jahrhunderts als öffentlich zu betrachten gewesenen Flüsse zu reduciren beabsichtigt, dies präciser ausgedrückt haben würde. Denn es fehlt eben der Beleg, daß alle von v. Römer als öffentliche aufgeführte, auch wirklich diese Qualification gehabt hätten, ein Beleg der dadurch, daß ein oder mehre Schriftsteller dies annehmen, nicht erbracht werden kann.

Es würde daher an sich der dem Beklagten gestattete Beweis, daß sowohl das Schwarzwasser als der Steinbach den öffentlichen Gewässern beizuzählen sei,

Digitized by Google

nicht einmal zu Erledigung der Frage führen können, ob Klägerin als nunmehrige Adjacentin zur Fischerei berechtigt sei oder nicht.

Dagegen würde es sich allerdings fragen: inwiefern der Fiscus zu dem Beweise gelassen werden könne, daß ihm mit Ausschluß aller sonstigen Adjacenten in den bemerkten Wässern auf Grund eines privaten Rechtstitels, ein Befugniß zur Fischerei zustehe?

Allein nach dieser Richtung hin ist seine Einrede nicht begründet und beziehentlich zu allgemein, um auch nur zum Beweise ausgesetzt zu werden.

Denn die Behauptungen, daß dem Fiscus die Fischerei in jenen Gewässern, als öffentlicher, vermöge des fiscalischen Eigenthums an gedachten Gewässern, sowohl wie vermöge der Regalität zustehe, enthält eben keine Bezugnahme auf ein privates Befugniß, sondern eine nach dem Vorbemerkten unzutreffende Supposition; und die Bezugnahme auf mehr als hundertjährige Ausübung der Fischerei Seiten des Fiscus in dem ganzen Tracte jener Gewässer, unberücksichtigt der Adjacenzverhältnisse Dritter, welche den betreffenden Adjacenten gegenüber einen Privatrechtstitel enthalten könnte, kann wenigstens der Klägerin gegenüber nicht wirksam sein, weil, wie die vorigen Instanzen bereits zur Genüge nachgewiesen haben, die Klägerin die Fischerei als Eigenthümerin solcher Grundstücke in Anspruch nimmt, welche sie erst in neuester Zeit von dem Fiscus, in dessen Eigenthume sie vordem gewesen, erworben hat, so lange aber der Fiscus Eigenthümer gewesen, von einer Acquisitivverjährung nicht die Rede sein konnte, weil er eben als Eigenthümer und Adjacent fischereiberechtigt war.

Im Uebrigen ist noch zu gedenken, wie das Bl. angezogene Präjudiz

Zeitschr. für Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. XIII., S. 468.

als ein solches für Beantwortung der hier vorliegenden Frage direct einschlagendes in keiner Weise gelten kann.

Denn, wie sich aus dem Eingange desselben ergiebt, gehörte die Frage: ob die Fischerei in fließenden Gewässern im Zweifel Rechtszuständigkeit des Fiscus sei? gar nicht zur Entscheidung des damals vorliegenden Falles, weil ein dieselbe erledigendes Zugeständniß des Beklagten vorlag. Die Deduction aus der Fischordnung vom 2. Novbr.

Digitized by Google

1711 (C. A. II. 687) ist aber zudem unzutreffend, weil die Gestattung der Anlage eines Mühlgrabens zwar ein Recht auf Benutzung des Wassers zu dem speciellen Zwecke des Mühlbetriebes, nicht aber zugleich das Recht auf die in diesem sich bewegenden Fische gewährt, welche vielmehr dem im deutschen Rechte speciell modificirten Occupationsbefugnisse dessen oder derer, denen in dem Flusse, woraus die Ableitung des Mühlgrabens erfolgt, entweder kraft Eigenthumes am Flußbette, oder sonst die Fischerei an sich zusteht, unterworfen bleiben. Lyncker, Decisiones, dec. 454.

Nur dieser Grundsatz ist in gedachter Fischordnung ausgesprochen, und durch die Worte:

dem Amtsfischer oder dem Eigenthumsherrn der Fischerei

gerade markirt, wie man neben dem Fiscus auch Private als Eigenthümer (Adjacenten) zur Fischerei berechtigt voraussetzte, was übrigens auch aus anderen Stellen im Eingange dieser Fischordnung, wo „Unsere Heege- und Fischwasser" anderen Bächen und Fischwassern, darinnen die Communen, es sehen Bürger- oder Bauers-Leute, der Fischerei berechtigt" entgegengesetzt worden.

II. Handels- und Wechselrecht.

1.

Die Bestimmung §. 4 des Einf.-Ges. vom 30. Oct. 1861 gilt auch in Betreff der Art. 313—315 des HGB.'s geordneten Retentionsrechte.

II. Sen.-Erk. v. 4. Septbr. 1862 no. 508/557.

Allerdings steht dem Pfandgläubiger gemeinrechtlich ein sogenanntes qualificirtes Retentionsrecht, nämlich das Befugniß zu, ein ihm wegen einer Forderung bestelltes Pfand für andere ihm gegen den nämlichen Schuldner zukommende, mit einem ausreichenden Pfand-

Digitized by Google

rechte nicht versehene Forderungen inne zu behalten. Allein daß die Liquidantin von diesem Retentionsrechte dem Concurs gegenüber Gebrauch nicht machen und auf dasselbe den von ihr erhobenen Anspruch auf prioritätische Befriedigung aus dem Erlös der Pfandobjecte wegen der Gesammtheit ihrer Forderungen nicht gründen konnte, ist bereits in voriger Instanz gezeigt worden, und auf die in Art. 313 bis 315 enthaltenen Bestimmungen des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches konnte hier um deswillen ein Absehen nicht gerichtet werden, weil nach §. 4 des Einführungsgesetzes vom 30. October 1861 die Vorschriften des Handelsgesetzbuches, welche die Rechte der Gläubiger für den Fall eines Concurses ordnen, auf die Fälle keine Anwendung finden, in denen, wie solches hier geschehen, der Concurs bereits vor dem Zeitpunkt, mit welchem das Handelsgesetzbuch in Kraft trat, eröffnet worden ist.

2.

Zur A. D. W. O. Art. 4 Nr. 6. — „Neujahrmesse 1862" ist keine formrichtige Datirung der Ausstellung einer Tratte.

II. Sen.-Erk. v. 4. Sept. 1862 no. 606/654.

Nach klarer Vorschrift der allgemeinen deutschen Wechselordnung Art. 4 unter 6 gehört zu den wesentlichen Erfordernissen eines gezogenen Wechsels unter Andern auch die Angabe des Ortes, Monatstages und Jahres der Ausstellung. Die der erhobenen Wechselklage zum Grunde gelegten Wechsel stellen als gezogene Wechsel sich dar; sie entsprechen aber jenem Erfordernisse nicht, indem in ihnen als Zeit der Ausstellung die „Neujahrsmesse 1862" bezeichnet ist. Dieser offenbare Mangel wird durch die auf beiden Wechseln über deren Contexte ersichtliche Bemerkung, „Prod. d. 3. Februar 1862", in keiner Weise gehoben, denn welche Bewandtniß es mit dieser Bemerkung, und welche Bedeutung sie habe, läßt sich durchaus nicht erkennen; sie ist vollkommen unverständlich. Wenn Kläger Bl. zu deduciren versucht, daß durch dieselbe constatirt werde, daß die Wechsel vom 3. Febr. 1862 datirt seien, so ist dies eine Ansicht, welche durch die Wechsel selbst sich widerlegt, und zwar um so gewisser, da der nurgedachte Tag nicht einmal in die Neujahrsmesse 1862 gefallen ist. Nun bestimmt aber

Digitized by Google

Art. 7 der angezogenen Wechselordnung ausdrücklich, daß aus einer Schrift, welcher eins der im Art. 4 bemerkten wesentlichen Erfordernisse eines Wechsels fehlt, keine wechselmäßige Verbindlichkeit entsteht, und daß die auf eine solche Schrift gesetzten Erklärungen (Indossament, Accept, Aval) keine Wechselkraft haben.

Anlangend aber die von dem Kläger von Neuem angeregte Frage, ob nicht eine analoge Anwendung der in Art. 4 der Wechselordnung unter 4 in Verbindung mit der Bestimmung in §. 5 des Einführungsgesetzes zur Wechselordnung vom 25. April 1849 über die Verfallzeit enthaltenen Bestimmungen auch auf die Ausstellungszeit der Wechsel zulässig sei, so kann, wie schon die vorige Instanz gezeigt hat, diese Frage nur verneint werden. Einmal beziehen die Bestimmungen in §. 5 und 6 des gedachten Einführungsgesetzes sich blos auf die Leipziger Meßwechsel, unter welchen nach §. 3 desselben Gesetzes nur solche Wechsel zu verstehen sind, welche, ohne Bezeichnung eines Monats- oder Wochentages als Verfalltages, schlechthin in einer namhaft gemachten Leipziger Messe in Leipzig zahlbar lauten und derartige Wechsel sind die hier vorliegenden nicht. Sodann berühren auch die Bestimmungen in jenen §§. des Gesetzes gar nicht die Zeit der Ausstellung, sondern sie enthalten blos zu Art 18 und 35 der Wechselordnung Zusätze und Erläuterungen, welche die Zeit der Präsentation zur Annahme der Meßwechsel und die Verfallzeit derselben betreffen; sie haben also nicht einmal hinsichtlich der Ausstellungszeit der Meßwechsel an den Vorschriften der Wechselordnung in Art. 4 unter 6 etwas geändert, und würde daher auch ein Leipziger Meßwechsel, wenn in ihm als Ausstellungszeit eine Leipziger Messe, ohne specielle Angabe des Monatstages, bezeichnet wäre, dieser Formwidrigkeit halber als eine, eine wechselmäßige Verbindlichkeit begründende Schrift nicht angesehen werden können.

Nach allem dem erscheint das vorige Erkenntniß, welches jenes Mangels halber das Suchen des Klägers in der angebrachten Maße verworfen und Klägern in Erstattung der in erster Instanz verursachten Unkosten verurtheilt hat, ganz gerechtfertigt.

Digitized by Google

3.

Im Falle der Zahlungsadresse ist der Wechsel zu Erhaltung des Regresses nur bei dieser zu präsentiren und zu protestiren.

II. Sen.-Erk. v. 23. Octbr. 1862 no. 667/616.

Die Frage, ob in einem Falle der vorliegenden Art*) zur Erhaltung des Regresses gegen die Indossanten und den Aussteller die Präsentation und Protesterhebung bei dem im Wechsel benannten Dritten, von der Person des Acceptanten verschiedenen Zahler genügt habe, oder ob nicht auch noch bei diesem und nach Befinden bei der Polizeibehörde ausdrücklich nach dem Acceptanten zu fragen gewesen wäre? hat allerdings in der Theorie wie in der Praxis eine verschiedenartige Beurtheilung gefunden. Man will den Beklagten, welcher dies bestreiten zu müssen glaubt, beispielsweise nur noch auf

Hofmann, ausführl. Erläuterung der allgem. deutsch. W. O., S. 392 fg.

verweisen, woselbst dieser Schriftsteller mit Bestimmtheit sich dahin ausspricht, daß in einem Falle der hier fraglichen Art der Inhaber zur Salvirung des Regresses gegen Aussteller und Indossanten nach Art. 91 den Wechsel bei dem in demselben benannten, von der Person des Bezogenen verschiedenen, Zahler präsentiren und protestiren lassen müsse, daß aber ein solcher Regreß nicht noch weiter durch eine Präsentation bei dem Bezogenen oder Acceptanten bedingt sei.

Diese Meinung ist auch nach der Ansicht des OAG.'s die richtigere. Denn wenn Art. 91 vorschreibt, daß die Präsentation zur Zahlung, die Protesterhebung, sowie alle sonstigen bei einer bestimmten Person vorzunehmenden Acte in deren Geschäftslocal und in Ermangelung eines solchen in deren Wohnung vorgenommen werden sollen, an einem andern Orte aber dies nur mit beiderseitigem Einverständnisse geschehen könne, so ist im concreten Falle dieser Vorschrift hinreichend nachgegangen worden. Denn abgesehen davon, daß

*) Die Adresse der Tratte lautet: Herrn E. H. in Dresden, zahlbar bei Herrn R., Galleriestraße.

Digitized by Google

hier ein allseitiges Einverständniß, daß die Präsentation und Protesterhebung bei R. und in dessen Geschäftslocale geschehe, factisch zu erkennen gegeben sein würde, so war durch die Worte: „bei Herrn R. Gallerieſtraße" eben dieser R. als die bestimmte Person bezeichnet, bei welcher in deren auf der Gallerieſtraße befindlichen Geschäftslocale die Präsentation und nach Befinden die Protesterhebung vorgenommen werden solle. Er war als derjenige, bei welchem, d. h. durch welchen die Zahlung zu erfolgen habe,

Hofmann, a. a. O., S. 320 fg.

Klettke, Samml. von Präjudizien Bd. II. Nr. 989, S. 108.

Archiv für das Wechselrecht Bd. VII., S. 401.

mithin als Stellvertreter des Acceptanten benannt. Er war daher recht eigentlich und ausschließlich derjenige, dem der Wechsel zur Zahlung zu präsentiren und bei dem im Nichtzahlungsfalle zu protestiren war.

Mit Recht hat die vorige Instanz darauf hingewiesen, daß in der W. O. keine Vorschrift sich finde, welche die Zulässigkeit einer solchen Zahlungsadresse geradehin ausschlösse, sowie darauf, daß diese mit der Natur des Wechsels und den allgemeinen wechselrechtlichen Principien ganz wohl sich vereinigen, und daß selbst das Bedürfniß hierzu im Wechselverkehre sich nicht abläugnen lasse. Was Beklagter dagegen vorgebracht, ist unerheblich, indem dabei übersehen wird, daß hier ein Fall in Frage steht, für welchen es in der W. O. an einer ausdrücklichen Bestimmung gebricht, den man also nur nach allgemeinen, mit den Vorschriften der W. O. nicht in Widerspruch stehenden wechselrechtlichen Grundsätzen zu beurtheilen und zu entscheiden hat.

4.

Condiction einer zu Vermeidung der Wechselhaft auf Grund der Condemnatoria geleisteten Wechselzahlung nach in den höheren Instanzen erlangter Reformatoria. — Formwidriger Wechsel inwiefern als Schuldverschreibung benutzbar? — Verjährungsfrage.

II. Sen.-Erk. v. 9. Oct. 1862 nö. 554/545.*)

Es hat der damalige Kläger die jetzt von ihm zurückgeforderte

*) Nach Rechtskraft der in diesen Annalen Bd. III., S. 18 mitgetheilten Urthel condicirte der damalige Beklagte als Kläger den an den früheren

Digitized by Google

Summe lediglich in Folge der in dem vorausgegangenen Wechselprozesse in erster Instanz gegen ihn verhangenen und sofort vollstreckbaren Verurtheilung und in der Absicht, um längerer Haft zu entgehen, überdies mit Vorbehalt seiner Rechte und nachdem er der Existenz einer rechtlichen Verpflichtung für ihn aus dem fraglichen Wechsel ausdrücklich widersprochen hatte, an den nunmehrigen Beklagten bezahlt. Ward daher durch die Erkenntnisse dritter und vierter Instanz die Ansicht der beiden ersten Instanzen, als bestehe annoch die aus jenem Wechsel abgeleitete wechselmäßige Verpflichtung, reprobirt, diese vielmehr als durch Verjährung erloschen angesehen und mit Rücksicht hierauf die früher ausgesprochene Verurtheilung des jetzigen Klägers wiederum aufgehoben, so fiel auch damit der Grund hinweg, aus welchem Ersterer gezahlt hatte. Dies allein aber reicht nach den Grundsätzen der condictio sine causa aus das von dem Kläger angesprochene Rückforderungsrecht an sich für begründet zu erachten. Denn die condictio sine causa ergreift vornehmlich dann Platz, wenn die Leistung in der Voraussetzung einer bestehenden rechtlichen Nothwendigkeit dazu erfolgte, diese Voraussetzung jedoch später dadurch ihre Wahrheit verlor, daß der Grund der Leistung, welcher, um sie zu behalten, fortdauern müßte, in Wegfall kam.

Sintenis, Civilrecht Bd. 2 §. 109 u. Note 28.

Anderer Seits kann jedoch auch nicht außer Betracht gelassen werden, daß durch die in dem Vorprozesse ergangenen Erkenntnisse dritter und vierter Instanz nur so viel, daß aus der in Rede stehenden Wechselurkunde kein wechselmäßiger Anspruch, nicht aber auch zugleich, daß aus selbiger überhaupt kein Anspruch abgeleitet werden könne, festgestellt worden ist. Es würde daher Beklagter, dafern ihm als Cessionar des ursprünglichen Gläubiger F. wirklich, wie von ihm behauptet worden ist, aus jener Urkunde, abgesehen von deren Eigenschaft als Wechsel, gegen den Kläger annoch ein civilrechtlicher Anspruch zustehen sollte, solchen der geklagten Forderung gegenüber in Gegenrechnung zu bringen und dadurch von der Verpflichtung, die im Wechselprozesse erlangte Summe zurückzuzahlen, sich zu befreien, nicht

---

Kläger zu Entgehung der Wechselhaft mit Vorbehalt gezahlten Wechselbetrag. Das OAG., gegen die IIda die Ima wiederherstellend, condemnirte.

Digitized by Google

behindert gewesen sein. Allein wie man die Frage, ob der von dem Beklagten behauptete Gegenanspruch schon aus der Wechselurkunde hervorgehe, diese wo nicht eine eigentliche Schuldverschreibung in sich mitbegreife, so doch nach der Bestimmung im §. 16 des Anhanges der Erl. Pr.O. zu beurtheilen sei, in gleicher Weise, wie die vorige Instanz, bejahend zu beantworten nicht vermocht hat, so hat man auch in demjenigen, was von dem Beklagten sonst noch zu Unterstützung seines Anverlangens angeführt, ein schlüssiges exceptivisches Vorbringen nicht erblicken können.

Soll eine als Wechsel ausgestellte Urkunde als Schuldverschreibung benutzt werden können, so wird erfordert, daß sie ein von der Form des Wechsels unabhängiges unbedingt geltendes wirkliches Schuldbekenntniß oder ein ebenmäßig beschaffenes Zahlungsversprechen enthalte.

Zeitschr. für Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. 16, S. 465.
Annalen des OAG.'s Bd. 1, S. 540 fg.

Dies aber ist bei dem in Frage stehenden Documente nicht der Fall. Eine Erklärung, wornach der Aussteller bekannt habe, die Summe, auf welche der Wechsel lautet, dem Remittenten schuldig zu sein, enthält dasselbe nicht. Das darin vorkommende Zahlungsversprechen ist, nur in der Weise, in welcher ein solches bei Formalgeschäften, dergleichen die Eingehung einer wechelmäßigen Verbindlichkeit befaßt, durch den Ausdruck:

„gegen diesen Wechsel zahle ich"

bezeichnet zu werden pflegt, beurkundet. Die Worte:

„Valuta habe baar erhalten"

bilden einen bei Wechseln gewöhnlichen Beisatz, geben somit ebenso wenig einen selbstständigen Verpflichtungsgrund an die Hand, und wenn am Schlusse jener Urkunde der Aussteller derselben seiner Erben als solcher gedenkt, welche, dafern er vor der Verfallzeit sterben sollte, aus seinem Nachlasse Zahlung zu leisten verbunden sein sollen, so ist damit nur in überflüssiger Weise ein Grundsatz zur besonderen Vertragsbestimmung erhoben worden, welcher bei Nachlaßpassiven, auch wenn sie von Wechseln herrühren, zur Anwendung kommt, und sonach auch hieraus nichts zu entlehnen, was die Annahme rechtfertigte, daß durch die Ausstellung des Wechsels zugleich die Beurkundung

Digitized by Google

einer dem Wechselschuldner gegen den Wechselgläubiger obliegenden civilrechtlichen Verbindlichkeit bezweckt worden sei.

Nun ist zwar der vorigen Instanz darin beizupflichten, daß nach der früheren Wechselgesetzgebung, unter deren Herrschaft der mehrerwähnte Wechsel ausgestellt worden ist, ein verjährter Wechsel, selbst wenn er die Eigenschaft einer eigentlichen Schuldverschreibung nicht besaß, dennoch als eine Obligation geltend gemacht werden konnte. Allein auf diese im §. 16 des Anhanges der Erl. Pr.O. enthaltene Bestimmung des älteren Rechtes würde nur dann zuzukommen sein, wenn jener Wechsel bereits zu der Zeit, zu welcher die allg. deutsche W. O. in Kraft trat, verjährt gewesen wäre. Der Wechselverjährung konnte jedoch gedachtes Papier, weil in selbigem der ersteren entsagt war, während des Bestehens der früheren Gesetzgebung gar nicht unterliegen, vielmehr trat, wie bereits in den Entscheidungsgründen zu den in dem Vorprozesse ergangenen Erkenntnissen dritter und vierter Instanz weiter ausgeführt worden ist, da erst mit dem Erscheinen der Wechselordnung jener Verzicht seine fernere Giltigkeit verlor, erst von diesem Zeitpunkte an der Lauf der Verjährung ein. Ist aber hiernach der Wechsel ein solcher, welcher in Betreff der Verjährungsfrage nach dem neuen Gesetze beurtheilt werden muß, so ist auch die neue Norm nicht blos rücksichtlich einzelner durch die Verjährung hervorgebrachter Folgen, sondern rücksichtlich aller Folgen derselben anzuwenden. Denn einen Widerspruch würde es enthalten, wenn man einen durch das Gesetz angedrohten Rechtsnachtheil, dessen Wirkung eben in der Gesammtheit seiner Folgen hervortritt, zwar im Allgemeinen zur Anwendung bringen, aber bei dieser Anwendung einzelne Folgen davon ausscheiden wollte.

Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. 16, S. 283 fg.

Wie aber hiernach der mehrerwähnte Wechsel weder als eine eigentliche Schuldverschreibung, noch als eine Obligation im Sinne der Bestimmung im §. 16 des Anhanges der Erl. Pr.O. benutzt werden kann, so reicht auch dasjenige, was von dem Beklagten zu Substantiirung seiner vermeintlichen Gegenforderung sonst noch angeführt worden ist und auf die Behauptung hinausläuft, daß der Kläger von F.'n ein Darlehn erhalten und darüber den Wechsel ausgestellt habe, hierzu nicht aus. Denn ꝛc.

Digitized by Google

III. Zu dem Strafgesetzbuche ꝛc.

11.

Die Beschränkung der Frist zur Zurücknahme eines gestellten Strafantrages durch die Bekanntmachung des Straferkenntnisses tritt nicht ein, wenn durch das Erkenntniß die Nothwendigkeit einer diesen Strafantrag voraussetzenden anderweiten Entscheidung hervortritt. — Zu Art. 106 StGB.

Erkenntn. v. 10. Decbr. 1862 no. 1300/1285.

Nach Art. 106 des StGB.'s kann bei den nur auf Antrag zu untersuchenden Verbrechen, mit alleiniger Ausnahme der in den Art. 264 und 267 erwähnten Verbrechen und abgesehen von den in der Novelle IV. vom 25. September 1861 bemerkten Fällen, der gestellte Strafantrag allerdings nur bis zur Bekanntmachung eines Straferkenntnisses mit Erfolg zurückgenommen werden, und es ist auch der Ansicht des Bez.-Ger.'s, daß die dem gedachten Prozeßacte hiernach beigelegte und mit demselben sofort eintretende Wirkung selbst durch eine spätere Cassation des betreffenden Erkenntnisses nicht wieder aufgehoben werden kann, beizutreten. Da aber der angezogene Artikel ganz unstreitig von der Voraussetzung ausgeht, daß in dem Erkenntnisse, um dessen Publication es sich handelt, eben nur über ein Verbrechen der erwähnten Art und in Gemäßheit eines auf dessen Bestrafung gerichteten Antrags erkannt worden ist, so leidet derselbe auf den vorliegenden Fall überhaupt keine Anwendung, denn der Angeschuldigte ist nach dem klaren Inhalte des Verweisungsbeschlusses lediglich wegen des im Art. 181 des StGB.'s aufgeführten, ex officio zu untersuchenden Verbrechens zur Hauptverhandlung verwiesen, auch nur wegen dieses Verbrechens in dem Bl. publicirten Erkenntnisse bestraft worden, und es ist erst in Folge der von dem Angeschuldigten dagegen eingewendeten Nichtigkeitsbeschwerde durch das Erkenntniß des

Digitized by Google

OAG.'s rechtlich festgestellt worden, daß die dem Angeschuldigten zur Last gelegte Handlung unter die milderen Bestimmungen des Art. 244 des StGB.'s falle, und daß es daher zu deren Bestrafung eines Antrages bedürfe.

Wie es nun aber unter diesen Umständen der Verletzten, der verehel. H., unbenommen gewesen sein würde, erst jetzt mit einem solchen Antrage hervorzutreten, so war dieselbe auch unbehindert, ihren in der Hauptverhandlung lediglich auf Befragen des Vertheidigers und offenbar nur eventuell gestellten, von dem Bez.-Ger. jedoch gar nicht für erforderlich erachteten und daher unbeachtet gelassenen Strafantrag bis zur Bekanntmachung der nunmehr erst in Gemäßheit desselben zu ertheilenden, Bl. angeordneten anderweiten Entscheidung zurückzuziehen und da dies nun geschehen ist, so war die erhobene Nichtigkeitsbeschwerde für begründet zu erachten und J. unter Wiederaufhebung der angefochtenen Entscheidung straffrei zu sprechen.

12.

Unterschied zwischen dem Rechte des Crim.-Ges.-B.'s von 1838 und des StGB.'s von 1855 in Betreff der Voraussetzungen beim Verbrechen der Nothzucht. — Art. 180 StGB. — Art. 157 CrGB.

Erkenntn. v. 17. Decbr. 1862 no. 1190/1183.

Kann man aus der Nichtbenutzung wirklich vorhandener Widerstandsmittel nicht direct auf die stillschweigende Gestattung des Beischlafes schließen, so kann dieselbe auch bei Beurtheilung des in Art. 180 des StGB.'s verpönten Verbrechens nicht weiter in Betracht kommen, da im Gegensatze zu der früheren Strafgesetzgebung, welche im Art. 157 des CGB.'s vom Jahre 1838 bei der Nothzucht eine Gewalt voraussetzte, welche von der Frauensperson nach den vorliegenden Umständen nicht abgewendet werden konnte, jetzt nur ein der verübten Gewalt entgegengesetzter ernstlicher Widerstand Seiten der Frauensperson gefordert wird, daher aber die objective Möglichkeit der gegen eine solche verübten Gewalt zu widerstehen, gegenwärtig ein entscheidendes Moment nicht mehr bildet.

Digitized by Google

13.

Thätliche Zurechtweisungen fremder Kinder fallen in der Regel nicht unter den Begriff der Beleidigung. — Art. 239 StGB.

Erkenntn. v. 5. Jan. 1863 no. 1371/1368 v. 1862.

Weil die leichte thätliche Züchtigung, welche zufolge der dem Bescheide zu Grunde liegenden thatsächlichen Feststellung der Privatangeklagte dem zehnjährigen Knaben des Privatanklägers, um denselben wegen einer seinem Sohne gemachten verleumderischen Beschuldigung zu bestrafen, zugefügt hat, weder als eine unmittelbare Beleidigung des gezüchtigten Knaben, noch als eine mittelbare Beleidigung dessen Vaters angesehen werden kann; indem dem ersteren gegenüber die That sowohl an sich, als nach der gemeinen Meinung keine Ehrenkränkung enthält, dem letzteren gegenüber der Privatangeklagte aber den Umständen nach wohl hat voraussetzen können, daß er die vorgenommene Züchtigung seines Sohnes nicht als eine seiner Person angethanene Ehrenkränkung auffassen und rügen werde, der Privatangeklagte also eine, auf mittelbare Beleidigung des Privatanklägers gerichtete Absicht gar nicht gehabt haben kann; so ꝛc.

14.

Die Retorsion einer Injurie zieht, wenn sie vom Injurianten geltend gemacht wird, für die Retorquirenden den Verlust des Strafantrags nach sich, ohne Rücksicht darauf, ob die Beleidigung die Gegenbeleidigung, oder diese jene, oder keine die andere übersteigt. — Art. 243 Abs. 2 StGB.

Erkenntn. v. 29. Octbr. 1862 no. 1081/1107.

H.'n hat eine von der verehelichten H. empfangene Beleidigung sofort mit einer anderen erwidert, und ist in dessen Folge nach Abs. 2 des allegirten Art. 243 seines Rechtes auf Bestrafung der H. anzutragen, ohne Rücksicht auf die etwaige mindere Erheblichkeit der späteren Beleidigung, unbedingt verlustig. Es wird aber dieser Verlust keineswegs, wie der Privatankläger meint, dadurch bedingt, daß der

Digitized by Google

Gegentheil wegen dieser erwidernden Beleidigung einen Strafantrag gestellt habe, vielmehr genügt es vollkommen, wenn nur derjenige, der zuerst beleidigt hat, in dem diesfalls gegen ihn eingeleiteten Strafverfahren von der ihm zustehenden Ausflucht Gebrauch, und die auch ihm widerfahrene Beleidigung, wie von der verehelichten H.'n allerdings geschehen, zu seiner Vertheidigung geltend gemacht hat. Etwas anderes ist auch in der von dem Privatankläger angezogenen, Bd. II. der Annalen des OAG.'s S. 75 Nr. 10 abgedruckten Entscheidung nicht ausgesprochen worden.

15.

Gegenstände, welche in einem Gasthofe von einkehrenden Fremden verloren oder zurückgelassen werden, sind als im Gewahrsam des Gastwirths befindlich zu betrachten. Zu Art. 272. 291. StGB.

Erkenntn. v. 19. Decbr. 1862 no. 1304/1321.

Als ein dem Gewahrsam des Eigenthümers entzogener Gegenstand kann nicht angesehen werden, was Jemand innerhalb seiner bewohnten Räume unwissentlich hat fallen lassen, weil der Gewahrsam des Wohnungsinhabers sich auf alle innerhalb der Wohnung befindliche Sachen erstreckt. Dies gilt ebenfalls von denjenigen Sachen, welche die in einem Gasthofe eingekehrten Fremden bei ihrer Abreise in den innegehabten Zimmern in gleicher Weise zurückgelassen haben, weil der seinen Gästen ipso facto receptionis zur Haftung verbundene Wirth, der sie und ihre Sachen bei sich aufgenommen hat, als Inhaber der von jenen geräumten Piecen zur Detention des darin Zurückgebliebenen gelangt.

16.

Eine Räumlichkeit ist nur insoweit als Theil des mit ihr zusammenhängenden bewohnten Gebäudes zu betrachten, als sie einen Zugang aus demselben hat. — Zu Art. 277 s. 278 4. StGB.

Erkenntn. v. 17. Decbr. 1862 no. 1209/1201.

Nach der von dem Bestohlenen gemachten und nirgends bestrittenen

Digitized by Google

Angabe ist demselben ein Pferd aus einem ihm gehörigen, von seinem Gasthofe getrennt stehenden und unverschlossenen Stalle gestohlen worden. An dieses Gebäude stößt zwar noch ein zweiter Stall, der sogenannte Gaststall, und in diesem hat der Hausknecht seine Schlafstelle, allein der erstere Stall, des Gasthofsbesitzers Privatstall, ist von dem Gaststalle gänzlich isolirt. Er ist von ihm durch eine Wand getrennt, in der sich keine Thür, sondern nur einige Luftlöcher befinden, ist also von dem Gaststalle aus nicht zugänglich, jeder der beiden Ställe hat einen besonderen Eingang von dem Hofraume aus. Nach dieser Sachlage kann man aber den Privatstall des Bestohlenen für in einem bewohnten Gebäude befindlich nicht ansehen, denn der in dem Gaststalle schlafende Hausknecht konnte in den Privatstall des Verletzten nicht unmittelbar, sondern erst dann gelangen, wenn er den ihm als Schlafstelle angewiesenen Gaststall verließ, ins Freie ging und nun erst von da aus den Eingang in den Privatstall nahm. Daß diese beiden Ställe, der bewohnte und der unbewohnte, ein gemeinschaftliches Dach haben, ist für die hier vorliegende Frage indifferent. Mit Unrecht hat sich hierbei das Bez.-Ger. auf das in den

Annalen des OAG.'s Bd. II., S. 182 fg.

abgedruckte Erkenntniß bezogen. Denn hier ist Seite 143 ausdrücklich auf das Erforderniß des unmittelbaren, mindestens durch eine Verbindungsthüre vermittelten Zusammenhanges des Raumes, aus dem gestohlen worden ist, mit dem bewohnten Raume hingewiesen worden, wenn von Anwendung des Art. 277 sub 5 des StGB.'s die Rede sein soll.

17.

Zur Auslegung der Worte: „ein bei der That oder auf der Flucht betroffener Dieb" im 2. Absatz des 280. Artikels des StGB.'s.

Erkenntn. v. 14. Jan. 1863 no. 1349/1388 v. 1862.

Zweifelhafter erscheint die rechtliche Beurtheilung der Handlungsweise G.'s und die Subsumtion der letzteren unter Art. 280 Abs. 1 Satz 2 des StGB.'s wegen der Worte „bei der That oder auf der Flucht betroffen". Es hat sich zwar schon seit dem Erscheinen

Digitized by Google

des CrOB.'s eine constante Praxis dahin ausgesprochen, daß unter den Worten „auf oder bei der That betroffen", welche bei den Strafvorschriften über Diebstähle vom Gesetzgeber gebraucht werden, auch die Fortschaffung des entwendeten Gegenstandes mit begriffen, nicht minder, daß ein Betreffen bei der That dann jedenfalls nicht mehr anzunehmen, also auch die Fortschaffung beendet sei, wenn es dem Diebe gelungen, den gestohlenen Gegenstand in seine Wohnung zu bringen und erst bei einer hier versuchten Wegnahme oder Arretur Widerstand vom Verbrecher geleistet wird. Hierbei ist indessen, so weit man sich erinnert, immer eine dem eigentlichen Diebstahlsacte alsbald nachfolgende, an jenen sich sofort anschließende Fortschaffung des Gestohlenen in Frage gekommen, während in dem vorliegenden Falle die Sache sich so gestaltet, daß der Angeklagte, nachdem er an einem Sonnabende früh die Hirschkuh geschossen, zunächst seinen Bruder aus dem Dorfe herbeigeholt, mit dessen Hülfe das Wild ausgeweidet, und solches dann seitwärts im Gebüsche verborgen, namentlich mit Reißig bedeckt, nachher aber sich bemüht hat, das geschossene Wild an einen Gastwirth der Umgegend zu verkaufen. Nachdem ihm dies gelungen, hat in den Abendstunden des nächstfolgenden Montags die Ablieferung des Wildes an den mit einem Wagen erschienenen Käufer draußen im Freien erfolgen sollen; G. und sein Bruder haben das Wild an einer Stange zu jenem Wagen hingetragen, und unmittelbar nach Aufladung des Wildes auf den Wagen sind die Forstbeamten, von dem Vorgange schon vorher unterrichtet, aus der Verborgenheit hervorgetreten. Beide Brüder G. haben sofort die Flucht ergriffen, wobei sodann der jetzige Angeklagte den ihn verfolgenden Oberförster G. mit der Tragstange geschlagen und dadurch in der That seine Flucht gesichert hat. Es fragt sich nun, ob auf den, vom eigentlichen Diebstahlsacte um mehre Tage getrennten Vorgang am Abende des Montags noch die Worte des Art. 280 „bei der That betroffen" anwendbar seien, oder ob man, hiervon absehend, den Angeklagten nur wegen materieller Concurrenz von Wilddiebstahl und Widersetzlichkeit, letztere mit Körperverletzung ideell concurrirend, zu strafen habe. Für die letztere Ansicht würde sich geltend machen lassen, daß die Worte „bei der That betroffen" nach dem Wortsinne mehr nur auf den eigentlichen Diebstahlsact und die an solchen unmittelbar

Digitized by Google

sich anschließende Fortschaffung des Gestohlenen beziehbar erscheinen, daß auch die im neueren Strafgesetzbuche den Worten „bei der That" hinzugefügten Worte „oder auf der Flucht betroffen" für eine solche Einschränkung sich anziehen lassen; daß das mit Vorsicht gewählte und ausgerüstete Versteck, wenn es auch noch in fiscalischer Waldung sich befand, G.'n einstweilen um so sicherer und genügender erscheinen können, als wohl nur ein besonderer Zufall die Forstbeamten zu dessen Auffindung zu führen vermocht hätte; daß die mehre Tage fortgesetzte Asservation des Wildes in einem solchen Verstecke die Continuität mit der Diebstahlshandlung ebensowohl aufzuheben scheine, als eine erfolgte Hereinschaffung desselben in des Diebes Wohnung, oder in einen, außerhalb des Bereiches des Bestohlenen gewählten, vielleicht sogar minder sichern Versteck, als in der Staatswaldung; endlich, daß, bei einer wirklich zweifelhaften Auslegung des Gesetzes, die fragliche Ansicht, als die mildere, sich empfehle. Es hat sich jedoch das OAG. nach Erwägung der Sache, vielmehr der erstern, auch von der vorigen Instanz adoptirten Ansicht zugewendet.

Die Fortschaffung des gestohlenen Gutes aus dem Bereiche des Bestohlenen steht mit der eigentlichen Diebstahlshandlung, auf deren Begränzung durch die gesetzlichen Vorschriften über die Consummation hier überhaupt nichts ankommt, jederzeit, insonderheit nach der Auffassung des Diebes selbst, in der nächsten Verbindung, da der Dieb außerdem nicht die für seine Zwecke erforderliche freie Verfügung über jenes erlangt und immer der Entdeckung Seiten des Bestohlenen viel leichter ausgesetzt bleibt. In der Regel wird sie an die Consummationshandlung sich sofort anschließen, indessen können es die Verhältnisse dem Diebe auch zur Nothwendigkeit machen, die Fortschaffung des gestohlenen Gegenstandes einstweilen auszusetzen, und solchen in des Bestohlenen Bereiche für den Zweck gelegentlicher Fortschaffung zu verbergen. So wäre es im gegenwärtigen Falle dem Angeklagten ohne fremde Hülfe gar nicht möglich gewesen, den geschossenen Hirsch sofort mit sich zu nehmen, und als er eine solche Hülfe nachher in seinem aus dem Dorfe herbeigeholten Bruder erlangt hatte, drängte sich ihm die Ueberzeugung auf, daß er seines Vaters wegen das gestohlene Wild gar nicht zu Hause bringen dürfe, daß er es vielmehr im Walde verbergen und von hier aus an einen Käufer abliefern

Digitized by Google

müsse. Ob nun die Fortschaffung der gestohlenen Sache gleich nach deren diebischer Ansichnahme, oder ob sie kürzere oder längere Zeit darauf erfolgt, dies ist, da dabei nicht eine andere Willensrichtung des Verbrechers, sondern nur ein Zwang thatsächlicher Verhältnisse zu Grunde liegt, in rechtlicher Beziehung gleich, zumal wenn, wie hier, der Wilddieb inzwischen unausgesetzt bemüht ist, durch Aufsuchung eines Käufers die möglichst baldige Fortschaffung zu vermitteln. Insofern nun Art. 280 Abs. 1 Satz 2 des StGB.'s eine härtere Strafandrohung als sonst eintreten könnte, gegen denjenigen Dieb festsetzt, der bei der That oder auf der Flucht betroffen, von gefährlichen Werkzeugen oder Waffen, oder auch von den zu Ausführung des Diebstahls bestimmten Werkzeugen und Waffen, gegen den oder diejenigen, welche ihn betroffen haben, Gebrauch macht, und die Worte: „bei der That" an und für sich unzweifelhaft auch den Act der Fortschaffung der gestohlenen Sache umfassen, so ist ein Grund durchaus nicht einleuchtend, der den Widerstand desjenigen Diebes, welchem eine alsbaldige Fortschaffung den Umständen nach zufällig möglich ist, vor dem Gesetze so sehr viel strafbarer machen sollte, als den Widerstand des Diebes, welcher die, deshalb einstweilen noch verborgene, gestohlene Sache erst nach Verlauf einiger Zeit fortschaffen konnte. Man hat im Gegentheile anzunehmen, daß das Strafgesetz beide gleich behandelt, und auf die Zufälligkeit der Möglichkeit einer früheren oder späteren Fortschaffung des gestohlenen Gutes aus des Bestohlenen Bereiche keinen Werth gelegt wissen wolle. Jedenfalls kann ein Dieb seine Verfügung über die gestohlene Sache noch nicht für völlig gesichert ansehen, so lange diese sich noch, obwohl verborgen, in des Bestohlenen Bereiche befindet. Die Fortschaffung aus solchem, und nicht die Zeit dieser Fortschaffung ist daher bei Anwendung des Art. 280 des StGB.'s entscheidend. Sollte des Vertheidigers Meinung Bl., der dabei freilich von der hier gar nicht in Betracht kommenden Vollendung des Wilddiebstahls spricht, dahin gerichtet sein, die Fortschaffung durch Aufladen des Hirsches auf des Käufers Wagen für vollendet auszugeben, so würden von anderen Einwänden abgesehen, allemal noch die Worte des Gesetzes, *oder auf der Flucht betroffen*, zur Geltung kommen, da solche nach der vom OAG. oben ausgesprochenen Ansicht, auch den Fall be-

Digitized by Google

rühren, wenn der Verbrecher bei einer erst später unternommenen Fortschaffung die Flucht ergreift.

18.

Die Bestimmungen über Fundunterschlagung leiden auch Anwendung auf das Ansichnehmen entlaufener Hausthiere. — Art. 291 StGB.

Erkenntn. v. 12. Jan. 1863 no. 13/13.

Es waltet im Allgemeinen kein gegründetes Bedenken dagegen ob, die über verlorene Gegenstände geltenden Rechtsgrundsätze auch auf Hausthiere anzuwenden, die sich dem Gawahrsam ihres Herrn oder der dessen Stelle vertretenden Personen in einer Weise entzogen haben, daß diesen der Aufenthalt des Thieres unbekannt und die Möglichkeit einer Einwirkung auf dasselbe benommen ist. In dem vorliegenden besonderen Falle aber ist die Geltendmachung dieser Grundsätze um so mehr zu billigen gewesen, als die Angeschuldigte, da der in Frage befangene Hund ihr im Freien und auf der öffentlichen Straße zugelaufen war, auch ihres Abwehrens durch Steinwürfe ungeachtet bei ihr blieb, mindestens zu der Annahme berechtigt war, daß dieses Thier ein verlorenes sei.

19.

Die unmittelbar zum Zwecke der Ausführung eines Diebstahls vorgenommene Zerstörung oder Beschädigung fremden Eigenthums fällt nicht unter die Strafbestimmung des Art. 335 StGB.

Erkenntn. v. 19. Decbr. 1862 no. 1343/1325.

Was die Frage, ob und inwieweit in Fällen, in denen durch die Verübung eines Diebstahls selbst oder doch bei dessen Ausführung dem Bestohlenen, abgesehen von dem Werthsbetrage des Gestohlenen, noch ein besonderer Schaden an seinem Eigenthume zugefügt worden ist, neben den das Eigenthumsverbrechen betreffenden Strafbestimmungen auch noch der Art. 335 des StGB.'s in An-

Digitized by Google

wendung zu bringen sei, zunächst im Allgemeinen anlangt, so kann diese Frage selbstverständlich nur bei vorsätzlichen, nicht aber auch bei solchen Eigenthumsbeschädigungen entstehen, die blos durch eine Unbedachtsamkeit des Diebes verursacht worden sind. Aber auch rücksichtlich der ersteren ist, wie von dem Staatsanwalte selbst zugegeben wird, so viel unbestritten, daß bei den im Art. 278 sub 1 erwähnten ausgezeichneten Diebstählen rücksichtlich des durch die Erbrechung verursachten Schadens, sowie bei den im Art. 295 Abs. 2 und im Art 3 des Forst- ꝛc. Strafgesetzes aufgeführten Entwendungen überhaupt von einer gleichzeitigen Anwendung des Art. 335 des StGB.'s nicht die Rede sein kann, da bei den letzteren die Strafe ohnedies schon nicht nach dem meist nur sehr unbedeutenden Werthe des Entwendeten, sondern nach der Höhe des angerichteten Schadens bemessen werden soll, während bei den zuerst erwähnten Verbrechen die Erbrechung eben den die härtere Bestrafung derselben bedingenden Qualificationsgrund enthält. Es war daher auch gegenwärtig nur noch darüber zu entscheiden, ob eine bei Diebstählen anderer Art mit vorgekommene vorsätzliche Eigenthumsbeschädigung eine materielle (Art. 78 des StGB.'s) oder nach Befinden ideelle (Art. 77 des StGB.'s) Concurrenz des betreffenden Eigenthumsvergehens mit dem im Art. 335 des StGB.'s mit Strafe bedrohten Verbrechen begründe?

Der Staatsanwalt hat in der Bl. eingereichten Schrift diese Frage uneingeschränkt bejaht, indem er sich dahin ausgesprochen, daß die gleichzeitige Anwendung der Strafvorschriften des Art. 335 des StGB.'s jedesmal gerechtfertigt erscheine, sobald sich nur der Dieb bewußt gewesen, daß er den beschlossenen Diebstahl ohne eine noch weitere Eigenthumsbeschädigung nicht werde ausführen können. Dieser Ansicht kann jedoch nicht beigetreten werden.

Der Art. 335 des StGB.'s bedroht keineswegs alle vorsätzliche und widerrechtliche Beschädigungen fremden Eigenthums, sondern nur diejenigen mit Strafe, die aus Bosheit oder Muthwillen begangen worden, und wenn auch diese speciell bezeichneten Beweggründe in einzelnen Fällen zugleich auch auf Gewinnsucht, also auf einem entfernteren Motiv, beruhen können, so müssen sie doch nothwendig mit vorhanden sein, und zu der Gewinnsucht, die für sich allein nicht ohne Weiteres an ihre Stelle treten kann, hinzukommen, um zu einer Be-

Digitized by Google

strafung nach Art. 335 gelangen zu können. Läßt sich ein Dieb auch durch das Bewußtsein, daß er einen von ihm beabsichtigten Diebstahl nicht werde ausführen können, ohne dabei zugleich fremdes Eigenthum auch noch in anderer Weise zu beschädigen, von seinem Vorhaben nicht abhalten, so legt er dadurch zunächst nur die Hartnäckigkeit seines auf die Verübung eines Eigenthumsvergehens gerichteten verbrecherischen Willens an den Tag, und es wird dieser Umstand bei der Bestrafung des Diebstahls nach Art. 73 des StGB.'s innerhalb des Strafmaßes allerdings mit berücksichtigt werden können; eine gleichzeitige Anwendung der Strafvorschriften des Art. 335 würde jedoch nur dann für zulässig zu achten sein, wenn der Thäter bei Verübung des Diebstahls das Eigenthum des Bestohlenen oder eines Dritten, ohne daß er selbst dies für unumgänglich nothwendig zur Ausführung des Diebstahls hielt, nur aus Bosheit oder Muthwillen beschädigt hätte, und es erklärt sich auch hieraus, weshalb bezüglich der im Art. 295 Abs. 2 des StGB.'s und im Art. 3 des Forst- ꝛc. Strafgesetzes aufgeführten Eigenthumsvergehen die obgedachten besonderen Bestimmungen getroffen worden sind. Die von dem Staatsanwalte für sich angezogene in der Ger.-Zeitung Band II., S. 257 mitgetheilte Entscheidung paßt übrigens auf den vorliegenden Fall gar nicht, da sie sich nicht auf die Concurrenz eines Diebstahls mit einer nach Art. 335 des StGB.'s zu beurtheilenden Beschädigung fremden Eigenthums, sondern auf das Zusammentreffen eines solchen mit einer gemeingefährlichen Handlung bezieht, die nach Art. 220 des StGB.'s, selbst wenn sie aus bloßer Unbedachtsamkeit begangen worden wäre, zu bestrafen gewesen sein würde.

20.

Unter dem Anreißen von Stämmen, um Harz daraus zu gewinnen — Art. 3 Forst- ꝛc. StG. — ist das Harzen nicht mit zu verstehen, dieses fällt vielmehr, wenn es diebischer Weise geschieht, unter die gemeinen Strafbestimmungen über den Diebstahl.

Erkenntn. v. 12. Jan. 1863 no. 1381/1384.

Weil der Ansicht, von welcher man in erster Instanz bei An-

Digitized by Google

wendung der Strafbestimmung unter 3. Art. 277 des StGB.'s ausausgegangen ist, nur hat beigestimmt werden können, da die Anwendung der dem Angeklagten günstigeren Strafbestimmung Art. 3 des Forststrafgesetzes im vorliegenden Falle, wo K. zu Folge der thatsächlichen Feststellung zwar des Harzens in der Staatswaldung, keineswegs aber auch des Anreißens der Stämme, von denen er das Harz entnommen, sich schuldig gemacht hat, weder den Worten, noch dem Sinne des Gesetzes, welches lediglich das Behufs der Harzgewinnung beschehene Anreißen von Stämmen als ein Forstvergehen angesehen wissen will, entsprochen haben würde; so ꝛc.

IV. Zu der Strafprozeßordnung.

5.

Auch dem Angeklagten steht ein Rechtsmittel zu, wenn im Bezug auf einen gegen ihn gerichteten Anklagepunkt oder Strafantrag vom Gericht die erforderliche Beschlußfassung unterlassen worden ist. — Art. 243. 358. StPO.

Erkenntn. vom 12. Jan. 1863 no. 1346/1386.*)

Nachdem Sch. die Bl. ersichtliche Privatanklage gegen Pf. wegen der seiner Ehefrau bei dem Bl. erwähnten Vorgange von dem An-

---

*) Der Ehemann Sch. denuncirte gegen Pf. für seine Ehefrau wegen thätlicher Beleidigungen, die Ehefrau selbst beantragte im Laufe der Untersuchung die Bestrafung des Denunciaten wegen gleichzeitig vorgekommener wörtlicher Beleidigungen. Das Gericht faßte keine Entschließung auf den Antrag der Frau und erkannte unter Uebergehung desselben blos über den Antrag des Ehemannes. Hiergegen wendete der Angeschuldigte Nichtigkeitsbeschwerde ein, und das OAG. erkannte darauf, wie im Texte ersichtlich.

Digitized by Google

geklagten angeblich zugefügten Mißhandlungen eingereicht und das Ger.-Amt R., welches in den angezeigten Handlungen nur thätliche Beleidigungen erblickte, hierauf auch die Untersuchung gegen Pf. eingeleitet hatte, ist im Laufe derselben auch noch von der verehel. Sch. selbst gelegentlich ihrer Confrontation mit Pf. ein besonderer Strafantrag wegen wörtlicher Beleidigungen, deren sich Denunciat bei derselben Gelegenheit gegen sie schuldig gemacht haben soll, gestellt worden, ohne daß Seiten des Gerichts irgend etwas hierauf beschlossen oder verfügt worden ist, wie denn auch in dem Bescheide lediglich über das in der Privatanklage Gerügte erkannt, und der gedachte spätere Strafantrag völlig übergangen worden ist.

Nun kommen zwar die von dem Bez.-Ger. in dem Bl. gefaßten Beschlusse angezogenen Bestimmungen des Art. 243 Abs. 3 der StPO. hierbei nicht in Frage, und am Wenigsten würde der Angeklagte auf Grund dieser, offenbar nur zu Gunsten des betreffenden Antragstellers getroffenen Bestimmungen eine Nichtigkeitsbeschwerde erheben können. Das Gericht hat jedoch nach einer anderen Richtung hin dadurch, daß es den Vorschriften des Art. 358 Abs. 2 und 3 zuwider unterlassen hat, auf den Strafantrag der verehel. Sch. eine Entschließung zu fassen und solche zu den Acten zu bringen, eine Formverletzung verhangen, die unter den vorliegenden Umständen in ihren Folgen unverkennbar auch dem Angeschuldigten zum Nachtheile gereicht, und daher auch ihm gegenüber als eine wesentliche zu betrachten ist. Denn wenn das Ger.-Amt den gedachten Strafantrag für zulässig erachtet hätte, so würde es nothwendig die gegenwärtige Untersuchung auf denselben mit haben erstrecken, im Falle einer Verurtheilung aber wegen der Bl. gerügten und der später Bl. angezeigten Handlungen, mochte es dieselben nun als ein fortgesetztes Verbrechen ansehen, oder eine Concurrenz verschiedener Vergehen annehmen, immer nur eine Strafe haben aussprechen können, und der Angeklagte hatte hiernach ein um so größeres Interesse daran, daß der Strafantrag der Sch. in derselben Untersuchung mit zur Erledigung gebracht werde, als er außerdem befürchten muß, auf Grund desselben späterhin noch besonders zur Untersuchung und Bestrafung gezogen zu werden.

Das Bl. ersichtliche Erkenntniß, durch welches die vorliegenden Anklagen nicht erschöpft worden, war daher auf das von dem An-

Digitized by Google

geschuldigten deshalb eingewendete und insoweit eine formelle Nichtigkeitsbeschwerde enthaltende Rechtsmittel wieder aufzuheben und das Ger.-Amt wird nunmehr vor allen Dingen auf den Strafantrag Bl.. Beschluß zu fassen, und dafern es demselben fügt, nach vorgängiger diesfallsiger Vervollständigung der Untersuchung die anderweite Entscheidung mit auf denselben zu richten haben.

Digitized by Google

II.

Kleine Bemerkungen für die civilistische Praxis.*)

Von Dr. Pöschmann.

---

3) Der in der l. ult. C. de fideic. geordnete Gefährdeeid ist durch das Gesetz vom 19. Febr. 1838 §. 1 abgeschafft.

Bei dem s. g. fideicommissum praesente herede relictum ist bekanntlich nach der l. ult. C. de fideic. (VI. 42.) der Fideicommissar, dafern er dem Erben über den Grund seines Anspruchs den Eid deferirt — den der Erbe in der Regel nicht referiren darf — verbindlich erklärt, einen Gefährdeeid zu schwören:

> ... prius jurejurando de calumnia praestito .. sacramentum subire.

Hierunter war in der Dec. nov. 11 v. 1746 „Von Vermächtnissen, so in Gegenwart des Erben geschehen," deren Bestimmungen wie früher von dem Commentator jener Decisionen, Bauer**), so in neuerer Zeit von Gottschalk***), ausführlicheren Erörterungen unterzogen worden sind, Etwas nicht geändert.

---

*) Vergl. Bd. II., S. 14, Bd. III., S. 481.

**) Die Churfürstlich Sächsischen Decisiones vom Jahr 1746. L. 1794 1. Th., S. 116 fg.

***) Historische und exegetische Bemerkungen über die XI. der ꝛc. Decisionen v. J. 1746 ꝛc. in der Zeitschr. f. Rpfl. u. Verw. Bd. III., S. 311 fg.

Digitized by Google

Nun ist aber, wie ebenfalls sattsam bekannt, durch ein Gesetz vom 19. Febr. 1838 §. 1, die Abschaffung des Gefährdeeides bei dem Eidesantrage ꝛc. betr. (G. u. V.Bl. S. 72) „der Gefährdeeid, welcher nach den zeitherigen Prozeßgesetzen von derjenigen Partei im Civilprozesse erfordert wird, die sich des Eidesantrages bedient hat ..... gänzlich aufgehoben."

In einem in neuerer Zeit bei dem OAG. zu Entscheidung gelangten Falle*) erwarteten nun Beklagte, denen der Eid über ein dem Erben angeblich des specielleren mündlich injungirtes Fideicommiß angetragen war, Leistung jenes Gefährdeeides. Klägerin widersprach dem. Unter Bezugnahme auf das Gesetz vom 19. Februar 1838 §. 1 und eine die Frage als zweifellos berührende Bemerkung Gottschalk's**) wies die erste Instanz das Anverlangen der Beklagten zurück, was denn auch die zweite Instanz unter Hinweis auf die Motiven jenes Gesetzes***) billigte.

Beklagte inhärirtem ihrem Anverlangen in einem zum OAG. eingewendet-n Rechtsmittel.

So klar die Sache nach den oben ausgehobenen Worten des Gesetzes von 1838 scheint, so läßt sich doch nicht verkennen, daß einigen Zweifeln Raum gegeben ist, zumal wenn man die bezogenen Motiven des Gesetzes vergleicht. Denn nach ihnen handelt es sich, abgesehen von einem Theile des in der Erl. Proz.-Ordn. ad Tit. I. §. 10 geordneten, dahin aus Ziegleri processus etc. übergegangenen, Armeneides, nur um Abschaffung des Gefährdeides als „eines regelmäßigen Vorganges bei **jedem** angetragenen Eide,"†) nicht aber um diejenigen Gefährdeeide, die für gewisse Fälle und aus besonderen Gründen in den Gesetzen speciell vorgesehen sind und, wenn sie auch mit dem speciellen technischen Namen jusjurandum oder

*) V. E. c/a. v. E. Nr. 221/265 de ao. 1862.

**) A. a. O., S. 325.

***) Landtagsacten 1836/37 I. Bd. II., S. 545.

†) Landtagsacten a. a. O., S. 547.

Digitized by Google

juramentum malitiae bezeichnet zu werden pflegen,*) doch immer Gefährdeeide sind.

Von dem in den Motiven bezeichneten gewöhnlichen Gefährdeeide unterscheidet sich nun aber der hier in Frage stehende insofern, als er theils in einem besonderen Gesetze und aus besonderen Gründen vorgesehen erscheint.

Als solche machen sich nämlich geltend, daß dem Delaten wenigstens für die Regel**) die Relation und die Gewissensvertretung versagt, und die Delation in einer Allgemeinheit gestattet ist, welche unter anderen Verhältnissen kaum als zulässig befunden werden dürfte.***)

Allein so wenig sich eben verkennen läßt, daß die Sache, namentlich in Hinblick auf gewisse Aeußerungen in den Motiven†) zu Zweifeln Anlaß bietet, so erschien es doch dem OAG. gegen den Antrag des Beklagten durchschlagend, daß das Gesetz selbst in den oben ausgehobenen Worten mit Bestimmtheit den hier in Frage befangenen Gefährdeeid trifft, die Motiven aber wenigstens nicht unbedingt entgegenstehen, und es wurde demgemäß unter Hinweis auf die Gesetzesworte mittelst II. Sen.-Erkenntnisses vom 1. Mai 1862 confirmatorisch gesprochen.

*) Biener, Syst. §. 105.

**) Ueber etwaige Ausnahmen vergl. Bauer, a. a. O. §. 13, S. 129 und Gottschalk, a. a. O., S. 329. Im concreten Falle machte das OAG. beiläufig darauf aufmerksam, daß derselbe insofern von dem in der l. ult. C. cit. und der Dec. nov. XI. bezeichneten abweiche, als hier nicht dem unmittelbaren Erben, sondern Fideicommissaren der Eid deferirt worden war, womit die Frage angedeutet werden sollte, ob nicht das Verbot der Eidesrelation hier unanwendbar gewesen sei.

***) Vergl. Bauer, a a. O. §. 14, S. 129.

†) Die Verhandlungen der Kammern über das Gesetz — I. Kammer s. Mittheilungen 1836/37, S. 4013; II. Kammer s. Mittheil. S. 5153 — enthalten etwas für unsere Frage benutzbares nicht.

Digitized by Google

Präjudizien.

I. Zu dem Strafgesetzbuche ꝛc.

21.

Unvorsichtige Verwahrung von Zündstoffen macht verantwortlich für die mittels derselben durch unzurechnungsfähige Personen veranlaßten Brandbeschädigungen. — Zu Art. 48. 220. StGB.*)

Verordn. v. 2. Juli 1862 no. 703/675.

Der gegenwärtig vorliegenden Anschuldigung nach ist ein am 11. Juni 1862 an H.'s Wohnhause mit Scheune entstandener Brand, der diese Gebäude zerstört hat, dadurch veranlaßt worden, daß H.'s fünfjähriger Enkel und ein anderer bei ihm befindlicher achtjähriger Knabe, Namens P., einen aus der Scheunenwand hervorstehenden Strohwisch mittelst eines Streichzündhölzchens angebrannt haben, diese Kinder aber in den Besitz dieses Zündhölzchens in der unverschlossenen, und ihnen daher zugänglichen Wohnstube H.'s, worin sich erwachsene Personen gerade nicht befunden haben, gelangt sind, woselbst dergleichen in einer Wandvertiefung neben dem Ofen, und zwar so niedrig und offen aufbewahrt gewesen sind, daß sie von den Kindern ohne Weiteres hinweggenommen und zu Entzündung einer Feuersbrunst verwendet werden konnten.

---

*) In gleicher Weise entschied das OAG. durch Verordnung vom 2. Januar 1863 no. 1378/1355 v. 1862.

Digitized by Google

In dieser Art der Aufbewahrung der Zündhölzer hat der Staatsanwalt ein unbedachtsames Verfahren H.'s gefunden, während das Bez.-Ger. anderer Ansicht ist, diese Handlungsweise vielmehr dem in allen Haushaltungen Ueblichen und Herkömmlichen entsprechend erachtet hat.

Nun ist es zwar begründet, daß bei Zurechnung des Erfolges einer Handlungsweise, welche zu einer unvorsätzlichen Rechtsverletzung Veranlassung gegeben hat, schon nach Art. 48 des StGB.'s Abs. 3 nicht von einer ungewöhnlichen Bedachtsamkeit ausgegangen werden darf, und daß daher, wie schon in einem Bl. angezogenen früheren Falle ausgesprochen worden ist, z. B. ein fortwährendes Unterverschlußhalten der Zündhölzchen nicht verlangt werden mag; allein davon ist die nach der Anschuldigung in H.'s Wohnung stattgefundene Art der Aufbewahrung jener Zündhölzchen weit verschieden.

Hier sind dieselben, obwohl ihre Gefährlichkeit in den Händen von sich selbst überlassenen Kindern und anderen criminalrechtlich unzurechnungsfähigen Personen niemandem zweifelhaft sein kann, allerdings in einer Weise aufbewahrt worden, welche, abgesehen von der hier nicht zu erörternden Frage über den Grad der strafbaren Fahrlässigkeit, mindestens die gewöhnliche Vorsicht eines sorgsamen Haus- und Familienvaters vermissen läßt.

22.

Die Bestimmungen im Art. 128 und 129 des StGB.'s sind auf solche Fälle nicht anwendbar, in welchen die Berufsthätigkeit einer Behörde in einer an diese selbst gerichteten und bei ihr unmittelbar eingereichten Schrift einer tadelnden Kritik unterworfen worden ist.

Dieser Satz wurde vom OAG. mittelst Verordnung vom 1. Mai 1862 no. 494/458 ausgesprochen.

28.

Die Mahnung eines Schuldners unter Bedrohung mit Veröffentlichung seiner unehrenhaften Handlungsweise ist, vorausgesetzt, daß sie nicht die Erlangung eines

Digitized by Google

rechtswidrigen Vortheils bezweckt, oder zu einer widerrechtlichen Handlung bestimmen soll, nicht unter allen Umständen für strafbar zu achten. — Zu Art. 201 StGB.

Verordn. v. 8. Aug. 1862 no. 1022/1018.

Es kommt im vorliegenden Falle wegen Anwendung des Art. 201 des StGB.'s Alles darauf an, ob die Bedrohung des v. J. in dem Briefe P.'s eine rechtswidrige sei. Denn die Unrechtmäßigkeit der Forderung P.'s an den v. J., insonderheit wider die Kenntniß P.'s, als bloßen Cessionars von einer solchen Unrechtmäßigkeit, steht dermalen nicht in Frage.

Mag man es nun auch im Allgemeinen als eine rechtswidrige Bedrohung bezeichnen dürfen, wenn ein Gläubiger, welchem die Gelegenheit geboten ist, seinen Schuldner wegen der ihm gegen solchen zustehenden Forderung vor Gericht in Anspruch zu nehmen, es vorzieht, durch Androhung der Veröffentlichung des Schuldverhältnisses auf dessen Erledigung hinzuwirken, so sind doch eben die Umstände des gegenwärtigen Falles ganz andere.

P. machte wegen seiner, auf dem Schuld- und Cessionsdocumente beruhenden Forderung an den v. J. schon seit dem Jahre 1853 vergebliche Versuche, zu Anhängigmachung der Sache vor irgend einem Gerichtshofe zu gelangen.

Er reichte eine Klage wider seinen Schuldner im Febr. 1853 beim Kreisgerichte zu D. ein. Des Schuldners Vater verleugnete des Sohnes Aufenthalt daselbst, und als P.'s Anwalt dessenungeachtet auf Behändigung der Ladung an den in D. anwesenden jüngeren v. J. bestand, so ergab es sich, daß letzterer erst am Tage vor dem Insinuationsversuche nach London gereist, also an dem Tage, wo der Vater ihn verleugnet hatte, noch anwesend gewesen war.

Im Jahre 1854 hatte P.'s Anwalt in Erfahrung gebracht, daß der jüngere v. J. wiederum nach D. zurückgekehrt sei. Er trug demnach auf sofortige Behändigung der Ladung und auf Verkümmerung der Legitimationspapiere des Schuldners an. Obwohl aber das Kreisgericht zu D. diesem Suchen alsbald fügte, so war v. J. dennoch wieder, am Tage vor der versuchten Behändigung der Ladung weiter, nach Magdeburg, gereist.

Digitized by Google

Im jetzigen Jahre entdeckte endlich P., daß sich sein Schuldner in Straßburg aufhalte, und ertheilte wegen der Klaganstellung sofort einem dortigen Sachwalter Auftrag. Von diesem empfing er aber die Nachricht, daß sich bei versuchter Klaganstellung v. J. auf die Incompetenz der französischen Gerichte zu berufen gedenke, daß diese Incompetenz, weil beide Parteien Ausländer seien, nach französischen Gesetzen gegründet, und daß es daher nicht räthlich sei, eine Klaganstellung zu versuchen.

Nun erst, und nachdem es geradezu unmöglich erschien, den Anspruch wider den v. J. — dessen, Niemandem näher bekannte Familie inzwischen auch aus D. spurlos verschwunden sein soll — vor einer Gerichtsbehörde anhängig zu machen, schrieb P. an seinen Schuldner nach Straßburg den Brief Bl., welchen der v. J. an die Polizeibehörde zu L., als einen Drohbrief eingesendet hat.

In diesem Briefe fodert P. seinen Schuldner in eben so höflicher, als dringender Weise auf, seine Schuld zu bezahlen, und das von ihm bei deren Contrahirung ertheilte Ehrenwort als Cavalier einzulösen. Man erfährt demnächst, daß die Schuld bei dem Cedenten, dem Hotelier L. in L., dadurch entstanden sei, daß v. J. während seines Aufenthaltes in L. eine Menge Freunde in L.'s Hotel tractirt habe. Allerdings wird nun noch hinzugefügt:

> Wenn Sie nicht die Güte haben, als ehrlicher Mann zu zahlen, so bin ich gezwungen, in einer bereits im Anfange begriffenen Broschüre den Sachverhalt zur Warnung drucken zu lassen, und Ihre Freunde, welche Sie tractirt haben, aufzufodern, doch ihren Antheil nachträglich zu entrichten, damit sie sich dieser Schande entzögen. Ich lasse diese Broschüre in deutscher, französischer und englischer Sprache drucken und allgemein verbreiten, sowie ein besonders Inserat in den gelesensten Blättern abdrucken.

Wenn man aber auch P.'s Versicherung, es habe der Brief nur ein Schreckschuß sein sollen, und er würde die Broschüre niemals angefertigt haben, dahingestellt sein läßt, so kann man doch in seinem diesfallsigen Gebahren, unter den obwaltenden Umständen, eine nach Art. 201 des StGB.'s strafbare Nöthigung nicht erblicken, da die Bedrohung keine rechtswidrige ist. Zur rechtswidrigen könnte sie nur

Digitized by Google

durch die willkürliche Verlassung des dem Gläubiger offen stehenden Rechtsweges werden. Es hat aber P. die entgegengesetzte Absicht sattsam bekundet, und wenn die Beschreitung des Rechtsweges durch seinen Schuldner wiederholt, zuletzt durch die Wahl des Aufenthaltes in Frankreich, vereitelt worden ist, so mag dem Gläubiger die Drohung wegen Veröffentlichung des Schuldverhältnisses, als letztes Mittel um auf seinen unnahbaren Schuldner einzuwirken, keineswegs verargt werden. Die Unmöglichkeit gerichtlicher Verfolgung des Klaganspruchs führt P.'s, von dem Bez.-Ger. zu L. als Nöthigung bezeichnetes Gebahren auf den Satz zurück, daß die öffentliche Bekanntmachung einer Thatsache oder eines Verhältnisses an sich etwas Rechtswidriges nicht enthalte, folglich auch nicht die Bedrohung mit einer solchen Bekanntmachung. Zwar will das Bez.-Ger. zu L. die Bedrohung v. J.'s durch P.'n wenigstens in Betracht der Art und Weise, wie die Veröffentlichung erfolgen sollen, als eine rechtswidrige ansehen. Man vermag indessen auch insoweit dessen Ansicht nicht zu theilen. Die angedrohte Veröffentlichung in deutscher, französischer und englischer Sprache darf hinsichtlich eines Schuldners nicht befremden, welcher bald in England, bald in Deutschland, bald in Frankreich sich aufhält, ohne, wie es scheint, irgendwo ein festes Domicil zu besitzen, und die Modalität der Drohung, die von dem v. J. tractirten Freunde zu Bezahlung der antheiligen Bewirthungskosten auffodern zu wollen, macht solche, wenigstens dem mehrgenannten Schuldner gegenüber, noch nicht zu einer rechtswidrigen. Ueberhaupt darf man nicht allzu rigorös in der Beurtheilung der Handlungsweise eines Gläubigers sein, der einem säumigen und unerreichbaren Schuldner gegenüber seine Vermögensrechte zu wahren sucht.

24.

Bedrohung eines Abwesenden ist nur dann anzunehmen, wenn der Drohende voraussetzt, oder den Umständen nach voraussetzen kann, daß seine Drohung zur Kenntniß des Bedrohten kommen werde. — Zu Art. 206 fg. StGB.

Verordn. v. 24. Jan. 1862 no. 89/40.

Der in der Aufhebung des Bewußtseins der Rechtssicherheit bestehende Charakter des Verbrechens der Bedrohung und die Einreihung

Digitized by Google

derselben unter die Verbrechen gegen die persönliche Freiheit lassen darüber keinen Zweifel zu, daß in der Bl. erwähnten Aeußerung K.'s zu B. eine von Ersterem gegen den Gemeindevorstand Pf. verübten Bedrohung nur unter der Voraussetzung gefunden werden kann, daß K. bei dieser Aeußerung die mindestens unbestimmte Absicht, es möchte solche dem genannten Gemeindevorstand hinterbracht werden, gehabt habe. Daraus folgt, daß nur dann, wenn eine solche Absicht genügend indicirt wäre, die Einleitung der Untersuchung gegen K., wegen Bedrohung gerechtfertigt erscheinen könnte. Nun mangelt es aber gänzlich an erheblichen Stützpunkten für die Annahme, daß K., als er die fragliche Aeußerung gethan, die Benachrichtigung Pf.'s von dieser Aeußerung bestimmt oder unbestimmt beabsichtigt habe. Zwar kann, wenn jemand das Vorhaben, einem Anderen ein Uebel zuzufügen, gegen einen Dritten ausspricht, dies unter solchen Umständen geschehen, daß schon aus der gethanen Aeußerung und den begleitenden Umständen allein eine erhebliche Vermuthung für die Absicht des Urhebers der Aeußerung, es möchte letztere dem Bedrohten zu Ohren kommen, hervorgeht. Allein im gegenwärtigen Falle ist nicht einmal eine Andeutung dafür, daß die in Frage stehende Aeußerung unter Umständen der eben bezeichneten Art gethan worden sei, geboten. Hiernächst mag auch aus dem Umstande, daß B. in der That und „weil er es für Schuldigkeit hielt", die Aeußerung K.'s dem Gemeindevorstand Pf. mitgetheilt hat, ein erheblicher Vermuthungsgrund dafür, daß solches in K.'s Absicht gelegen habe, deshalb nicht abgeleitet werden, weil eine Einwirkung K.'s auf B. nicht vorausgegangen, und die Ansicht des Letzteren, daß ihm die Verbindlichkeit obliege, Pf. von der gefallenen Aeußerung in Kenntniß zu setzen, eine rein subjective war. Auch sonst liegt irgend etwas nicht vor, worin ein Indicium für diejenige Absicht erblickt werden könnte, deren Existenz nach dem Obigen ein nothwendiges Erforderniß der Anwendbarkeit des Begriffes der Bedrohung auf die in Frage befangene Aeußerung ist.

Digitized by Google

25.

Was ist unter „erheblichem Schaden" im Art. 209 des StGB.'s zu verstehen?

Erkenntn. v. 26. Jan. 1863 no. 42/64.

Mag auch bei der von G. verübten Brandstiftung, in Folge der gerade stattgefundenen günstigen Windrichtung, welche das Feuer von den übrigen Ziegeleigebäuden abhielt, keine besondere Gefahr für diese letzteren vorhanden gewesen sein, obwohl dieselben zum Theil, wie die Handzeichnung lehrt, nur 15 und beziehentlich 27 Ellen davon entfernt waren, so gehört doch zu Anwendung der hervorgehobenen milderen Strafbestimmung noch cumulativ der Mangel eines erheblichen Schadens.

Der Vertheidiger irrt aber sehr, wenn er meint, daß, da hier von Brandschäden die Rede sei, derartige Schäden aber meist sehr hoch anstiegen, ein dergleichen von 100 Thalern für ein unerheblicher angesehen werden müsse. Zu richtiger Erklärung der angezogenen Stelle des Gesetzes ist offenbar erforderlich, die im Art. 211 enthaltene Vorschrift über Vollendung des Verbrechens der Brandstiftung in Betracht zu ziehen, wonach dieses Verbrechen schon dann für vollendet angesehen werden soll, wenn nur der Gegenstand, welcher in Brand gesteckt werden sollte, von dem Feuer ergriffen worden ist, und daher entweder in heller Flamme gebrannt oder doch geglimmt hat.

Darnach kann es nun vorkommen, daß eine als vollendet sich darstellende Brandstiftung, wenn sie zeitig entdeckt und gelöscht wird, dennoch einen kaum nennenswerthen Schaden angerichtet hat, und für solche Fälle soll, wenn dabei überhaupt eine besondere Gefahr nicht vorhanden gewesen ist, auf eine mildere als die vorher angedrohte ordentliche Strafe erkannt werden dürfen. Die von G. verübte Brandstiftung an dem fraglichen Schuppengebäude gehört aber nicht hierher, denn da das Dach dieses 38 Ellen langen und 12 Ellen tiefen Gebäudes ganz abgebrannt ist, durch das Feuer auch noch in dem Schuppen aufbewahrtes Getreide und andere Vorräthe zerstört worden sind, dieser Schade aber auf mehr als 100 Thaler sich beläuft, so kann von einem so unerheblichen Schaden, der die Anwendung des Schlußsatzes in Art. 209 des StGB.'s rechtfertigen könnte, nicht die Rede sein.

Digitized by Google

26.

Ueber Anwendbarkeit der Art. 232 und 233 des StGB.'s.

Verordn. v. 25. Febr. 1863 no. 217/203.

Wenn der Zimmergeselle R. aufgefordert, bei der Taufe des T.'schen Kindes Pathenstelle zu vertreten, einen Dienstmann nach der für dieselben bestehenden Zeittaxe gedungen und als seinen Stellvertreter abgeschickt hat, worauf dieser, angeblich auf Geheiß des Inhabers des Dienstmann-Instituts, nicht in gewöhnlicher Kleidung, welche er besaß, sondern in seiner Arbeitskleidung zur Zeit der Taufhandlung an der Kirche erschienen, jedoch vom Kirchner alsbald zurückgewiesen worden und ohne alle Weigerung auch wieder fortgegangen ist, so mag in des Dienstmanns und seiner Absender Verhalten, obwohl solches ernstlich zu mißbilligen und aus dem Gesichtspunkte der Beleidigung selbst criminalrechtlich strafbar ist, doch ein Zuwiderhandeln gegen Art. 233 oder Art. 232 des StGB.'s — ganz abgesehen von der Frage wegen des Versuchs oder der Vollendung dieser Verbrechen — nicht gefunden werden. Zur „Störung der Ruhe und Ordnung einer Taufversammlung, mithin einer gottesdienstlichen Versammlung", als worauf der Staatsanwalt Beziehung nimmt, hätte es, unter Umständen, kommen können, wenn der Dienstmann, hierzu instruirt, seine Zulassung für R.'n zur Taufhandlung hätte erzwingen wollen. Dies ist aber weder geschehen, noch, wie es scheint, überhaupt beabsichtigt worden, und in dem bloßen Erscheinen des Dienstmannes, selbst in der Arbeitskleidung zur Taufhandlung, liegt eine Störung im Sinne des Art. 233 des StGB.'s noch keineswegs. Der Dienstmann, als Stellvertreter, ist einfach fortgeschickt, und es ist dadurch nicht einmal der Beginn der vorzunehmenden heiligen Handlung erheblich verzögert worden, was übrigens als Störung, im Sinne des Gesetzes, an sich noch nicht gelten könnte. Noch weniger aber kann das Erscheinen des Dienstmannes zu dem fraglichen Zwecke und in seiner Arbeitskleidung mit dem Staatsanwalte als „ein beschimpfender Unfug in Kirchen", wie Art. 232 des StGB.'s solchen voraussetzt, bezeichnet werden. Hierzu gehört eine Handlung, welche, ihrer Objectivität nach aufgefaßt, beschimpfend ist, und dies ist das Erscheinen

Digitized by Google

eines Dienstmannes in Arbeitskleidung in der Kirche nicht. Was dem Erscheinen desselben, dem Obigen zufolge, vorausgegangen sein soll, und solches zu einem verletzenden Ereignisse macht, involvirt den Betheiligten nur etwa den Vorwurf einer Beleidigung, macht aber jenes Erscheinen selbst noch nicht zu einem beschimpfenden Unfuge.

27.

Zur Erläuterung des Begriffs einer Collectivinjurie. Art. 246 Abs. 5 StGB.

Verordn. v. 13. Jan. 1862 no. 1367/1374 v. 1861.

Da dem Vorstehenden nach die Ablehnung des Strafantrags lediglich auf Grund des Art. 246 Abs. 5 des StGB.'s erfolgt ist, so hatte sich auch das OAG. bei der gegenwärtigen Entscheidung nur auf die Beantwortung der Frage zu beschränken, ob sich der Angeschuldigte durch das ihm beigemessene Ausstreichen mehrerer Namen aus der gedachten Liste — angenommen, daß er dadurch dem Privatankläger eine Ehrenkränkung zugefügt habe — gleichzeitig und gleichmäßig auch eine Beleidigung der sämmtlichen übrigen Personen, deren Namen er weggestrichen, mithin einer Collectivinjurie, d. h. einer solchen Injurie, die gegen eine Mehrzahl von Personen als eine Gesammtheit gerichtet ist, schuldig gemacht habe.

Nach der Ansicht des OAG.'s muß diese Frage verneint werden. Denn wenn auch der Angeklagte die mehrgedachte Liste gleich in der Absicht einer Prüfung unterworfen, um diejenigen Personen, deren Einladung er für nicht nöthig oder nicht für angemessen hielt, auszustreichen, so bedurfte es hierzu doch unstreitig noch in Bezug auf eine jede einzelne Person, deren Namen er ausstreichen wollte, einer vorherigen besonderen Erwägung und Beschlußfassung, und es kann daher auch das von ihm hierauf bewirkte Ausstreichen einer größeren Anzahl von Namen, gleichviel in welcher Art und Weise dies geschehen, nicht den sämmtlichen dadurch betroffenen Personen gegenüber als eine und dieselbe Handlung angesehen werden. Noch weit weniger läßt sich aber behaupten, daß durch diese Handlung alle dabei in Frage kommende Personen ohne Unterschied beleidigt worden, da hierbei sehr verschiedene und namentlich auch solche Beweggründe, die

Digitized by Google

jede Absicht einer Beleidigung ausschließen, maßgebend gewesen sein können, und demnach in einem jeden einzelnen Falle vorerst noch ganz besonders festgestellt werden müßte, daß der Angeschuldigte den Namen der betreffenden Person nicht allein unbefugter Weise weggestrichen, sondern auch eine beleidigende Absicht dabei gehabt habe.

Unter diesen Umständen konnte von einer Anwendung der Vorschrift des Art. 246 Abs. 5 auf die Handlungsweise des Angeschuldigten nicht die Rede sein, denn diese Vorschrift setzt eine Collectivinjurie in dem oben angegebenen Sinne, eine einer Mehrzahl von Personen durch eine und dieselbe Handlung zugefügte Beleidigung voraus; in dem vorliegenden Falle gebricht es jedoch nicht allein an der Einheit der Handlung, sondern überhaupt auch an einer solchen Handlung, die den verschiedenen betreffenden Personen gegenüber eine gleichmäßige rechtliche Beurtheilung zuläßt, und die sich in Bezug auf alle diese Personen sofort und zweifellos als eine Beleidigung darstellt.

28.

Zu den Gegenständen, welche der allgemeinen Sicherheit anvertraut zu werden pflegen, sind Handwagen in der Regel nicht zu rechnen. — Art. 277 sub 3 StGB.

Erkenntn. v. 23. Jan. 1862 no. 84/55.

Das OAG. hat der im vorigen Erkenntnisse ausgesprochenen Ansicht, daß Handwagen als Gegenstände, welche der allgemeinen Sicherheit anvertraut zu werden pflegen, zu betrachten seien, wenigstens in dieser Allgemeinheit und insonderheit in Betreff derjenigen beiden Handwagen beizutreten Bedenken getragen, von welchen S. nach seinen Geständnissen den einen, auf 20 Thlr. taxirten, H.'n in B. aus dessen offenem, weder eingezäuntem noch sonst umschlossenem Hofe in der Nacht zum 28. September 1862, den andern auf 5 Thlr. gewürderten B.'n in Z. von einem freien Platze hinter dessen Hause weg, in der Nacht zum 22. dess. Mon. gestohlen hat. Denn wie dergleichen Handwagen als solche Gegenstände, welche von ihren Eigenthümern auch zur Nachtzeit der öffentlichen Sicherheit anvertraut zu werden pflegen, schon ihrer äußeren, eine besondere Verwahrung keineswegs ausschließenden Beschaffenheit nach nicht angesehen werden können,

Digitized by Google

so sind sie auch den landwirthschaftlichen Geräthen, welche, wie Pflüge, Eggen und dergleichen von den Eigenthümern zu weiterer Benutzung auf freiem Felde zurückgelassen werden, nicht gleich zu stellen.

29.

Dadurch, daß der Eigenthümer einer beweglichen Sache, obwohl er sie einem Andern anvertraut, doch selbst mit in deren Detention geblieben, wird die im Art. 287 StGB. vorausgesetzte Innehabung bei dem Andern nicht ausgeschlossen.

Erkenntn. v. 26. Jan. 1863 no. 98/61.

Weil, wenn auch die Angeschuldigte nicht zum ausschließlichen Besitze der baumwollenen Garne gelangt ist, welche ihr die Fabrikanten B. und H., während sie in deren Spinnerei beschäftigt gewesen ist, Behufs des Weifens übergeben haben, da unbeschadet dieser Uebergabe die in Frage befangenen Garne nach wie vor im Bereiche der Eigenthümer, also auch in deren custodia geblieben sind, doch in diesem auf einen gleichzeitigen Besitz hinweisenden Sachverhältnisse kein Grund liegt, aus welchem der Beklagten gegenüber der Begriff der Innehabung, wie derselbe, abgesehen von der civilrechtlichen Besitztheorie, als bloßes Factum rechtlich erlangter Detention im Art. 287 des StGB.'s aufgestellt worden ist, für ausgeschlossen erachtet werden könnte, hiernach aber die Aneignung, deren die Angeklagte zur Zeit der Innehabung sich schuldig gemacht, nicht, wie geschehen, als eine Entwendung, sondern als eine Unterschlagung hätte aufgefaßt werden sollen, so ꝛc.

30.

Beim Verbrechen der Unterschlagung wird schon durch die Worte des Art. 287 StGB. der unbestimmte böse Vorsatz der Absicht gleichgestellt.

Erkenntn. v. 4. Febr. 1863 no. 41/110.

Daß, wie der Vertheidiger schließlich annimmt, eine unbestimmte Absicht beim Verbrechen der Unterschlagung überhaupt nicht gedacht werden könne, ist unrichtig. Es gebricht für diese Aufstellung nicht

Digitized by Google

nur an sich an jedem haltbaren Grunde, sondern es ist das Gegentheil auch schon aus Art. 287 des StGB.'s verb. „ohne die wohlbegründete Ueberzeugung ꝛc." zu entnehmen. Gerade der vorliegende Fall bietet für die Annahme der unbestimmten Absicht ein schlagendes Beispiel dar. Man kann allenfalls mit dem Vertheidiger annehmen, daß M. dem E.'schen Geschäfte solche, wie die hier fraglichen Summen von vornherein nicht in dem sichern Bewußtsein hingegeben haben werde, daß deren Rückgewähr undenkbar sei; erst zuletzt scheint M. in diesem Bewußtsein gehandelt zu haben, weil er sich einmal zu tief eingelassen und für seine Stellung bei der Bank an der Aufrechthaltung der E.'schen Handlung ein zu großes Interesse hatte. Allein er suchte auch in der ersten Zeit bei ganz entfernter Hoffnung auf günstigere Zeitverhältnisse und eine hiernach erst möglich werdende Rückgewähr, das E.'sche Geschäft mit den ihm anvertrauten Mitteln der Bank bereits unter Umständen zu stützen, welche von der Beschaffenheit waren, daß er sich, zumal als Geschäftsmann, sagen mußte, der Verlust der Mittel der Bank sei im hohen Grade wahrscheinlich, und eine Rückgewähr kaum zu erwarten. Er trieb also gewissermaßen mit den ihm anvertrauten Mitteln der Bank ein Spiel. Dasselbe fiel unglücklich aus, und er konnte diesen seinem Geschäftsherrn nachtheiligen Ausgang als den wahrscheinlichen voraussehen, hat ihn auch in dieser Art wirklich vorausgesehen, trotzdem aber immer neue Einsätze, um dem E.'schen Geschäfte das Glück zuzuwenden, gemacht. Nach Art. 47 Abs. 1 des StGB.'s ist ihm somit der vorauszusehende schlimme Erfolg ebenso anzurechnen, als ob seine Absicht hierauf bestimmt gerichtet gewesen wäre.

31.

Zur Strafbarkeit der durch unrichtige Einträge in Handlungsbücher verhangenen Fälschung ist es nicht erforderlich, daß dadurch für diejenigen ein Nachtheil bezweckt oder herbeigeführt werde, deren Geschäftsverhältnisse die Fälschung betrifft. — Zu Art. 311 StGB.

Erkenntn. v. 4. Febr. 1863 no. 41/110.

Außer den Unterschlagungen fallen M.'n überdies noch Fälschungen nach Art. 311 des StGB.'s zur Last, bestehend in den falschen Ein-

Digitized by Google

trägen auf die Conten von J. P. und M. und B., nicht minder in den Bl. eingestandenen falschen Einträgen auf die Namen G. L. und R. W. in G. Diese Verbrechen untergeordneter Art äußern zwar auf das Strafmaß nicht die mindeste Wirkung; es hat jedoch der Vertheidiger auch hiergegen zu remonstriren unternommen, indem er die Anwendbarkeit des Art. 311 bestreitet, weil die falschen Einträge in die Bücher nicht gemacht worden, um sie in irgend einer Weise gegen die betreffenden Personen geltend zu machen. Ist letzteres nun auch zuzugeben, so ist doch die daraus gezogene Folgerung eine falsche. Das Gesetz erfordert bei den verschiedenen Fällen der Fälschung im Allgemeinen „irgend einen rechtswidrigen Zweck" und ein solcher ist, ohne daß man gerade nur die Personen, deren Conten gefälscht worden, in das Auge zu fassen hätte, auch dann vorhanden, wenn M.'s Geschäftsherrin, die Bank, durch die falschen Einträge getäuscht werden sollte. Gerade diesen Zweck verfolgte nun M. eingeständlich Bl., und sein Verbrechen blieb daher Fälschung, auch wenn nach Lage der Sache jene Personen dadurch nicht besonders gefährdet worden sein sollten.

32.

Zum objectiven Thatbestande des Art. 332 des StGB.'s aufgeführten Verbrechens genügt nicht die bleibende Veränderung desjenigen Theiles der Erdoberfläche, auf welchem die Grenzlinie hinläuft, dafern sie nur ohne Verletzung der Grenzbezeichnung geschieht.

Verordn. v. 14. Juli 1862 no. 702/710.

Anlangend die Rechtsansichten, auf denen der Beschluß des Bez.-Ger.'s M., daß wider H. aus dem Gesichtspunkte des Art. 332 Abschnitt 1 des StGB.'s Untersuchung einzuleiten sei, beruht, so vermag das OAG. dem Bez.-Ger. in der Meinung nicht beizutreten, daß H., dafern man in factischer Beziehung dasjenige, was theils als erwiesen, theils als indicirt betrachtet wird, für gewiß annimmt, das in Art. 332 des StGB.'s aufgeführte Verbrechen der Beeinträchtigung fremden Grundeigenthums sich zu Schulden gebracht hat.

Dieses Verbrechen setzt, sobald es sich um den ersten der in dem angezogenen Artikel aufgeführten zwei Fälle — und nur dieser steht

Digitized by Google

in gegenwärtiger Sache in Frage — handelt, voraus, daß Jemand bei der Bestellung von Feldern, bei der Anlegung von Gräben oder Wegen, bei der Setzung von Zäunen, bei der Aufführung von Dämmen oder Mauern, oder bei der Vornahme von anderen bleibenden Veränderungen der Erdoberfläche die Grenzen eines Grundstückes erweitert hat. Wenn nun bei den vom H.'schen Grundstücke aus vorgenommenen Sprengarbeiten an dem zum Theil zu letzterem, zum Theil aber auch zum Grund und Boden der Stadtgemeinde M. gehörigen Felsen in den zuletzt gedachten Grund und Boden übergegriffen, und dabei ungefähr 2¼ Ruthe von dem gedachter Stadtgemeinde eigenthümlichen Gestein mit abgearbeitet worden ist, so wurde hierdurch allerdings eine Veränderung, und zwar eine bleibende Veränderung an der Oberfläche des der Stadtgemeinde gehörigen Territoriums hervorgebracht. Aber keineswegs wurde dadurch zugleich eine Erweiterung der Grenzen des H.'schen Grundstücks herbeigeführt. Die die Grenze zwischen diesem Grundstücke und dem der Stadtgemeinde M. gehörigen sogenannten Rathsweinberge markirenden Grenzsteine sind weder ganz beseitigt, noch auch verrückt worden, und in nothwendiger Folge hiervon ist auch die durch jene Grenzsteine bezeichnete Grenzlinie dieselbe geblieben. Daß auf dieser Grenzlinie ein Theil der Erdoberfläche verändert worden ist, hat auf die Richtung der Grenzlinie, die nach wie vor in gerader Direction von jedem der Rainsteine zu dem anderen läuft, keinen Einfluß.

33.

Die widerrechtliche Aneignung versteckt aufgefundenen erlegten Wildprets fällt nicht unter die Strafbestimmung des Forst- ꝛc. Strafgesetzes Art. 2. 4.

Erkenntn. v. 20. Febr. 1863 no. 201/175.

Das erwähnte Verbrechen ist, da die vorige Instanz die Angabe der Angeklagten, daß das Wildpret in zwei Säcke verpackt und mit Reisig zugedeckt in einem Versteck im Walde gelegen habe, als nicht widerlegt angenommen hat, mit Grund nicht als eine Fundunterschlagung, auch nicht als Wilddiebstahl im eigentlichen Sinne, sondern als einfacher, nach Art. 272 und 276 des StGB.'s zu beurthei-

Digitized by Google

Sodann ist aber auch nicht zu übersehen, daß die hier fragliche gesetzliche Bestimmung an die Stelle der in dem Forststrafgesetze vom Jahre 1838 §. 17 ersichtlichen Vorschriften, insbesondere der sub 5, 6, 7, 8, 9, 10 enthaltenen, getreten ist, worin das Einhüten von Vieh in fremde Waldungen ohne alle Rücksicht auf einen etwa angerichteten Schaden mit Strafe bedroht war, während doch die Motiven des Gesetzes vom Jahre 1855 ebenso wie die landständischen Verhandlungen darüber keinen Zweifel gestatten, daß die Absicht bei Erlaß des neueren Gesetzes nicht auf Verminderung des gesetzlichen Schutzes der Forsten, sondern auf dessen Erhöhung und auf dessen Ausdehnung auf anderes Grundeigenthum gerichtet gewesen ist.

Das OAG. ist daher der Ansicht, daß nach Inhalt von Art. 10 des Gesetzes, die Forst-, Feld- ꝛc. Diebstähle betr., die Thatsache des unbefugten Einhütens, Eintreibens oder Laufenlassens der daselbst näher bezeichneten Thiergattungen auf fremde Grundstücke überall zu Herstellung des objectiven Thatbestandes genüge, und daß nur bei Abmessung der Strafe innerhalb des gesetzlichen Strafmaßes ebenso wie auf die Stückzahl des eingehüteten Viehes auch auf den angerichteten Schaden Rücksicht zu nehmen sei.

Unterstützt wird diese Ansicht noch dadurch, daß wenn der Gesetzgeber auf den angerichteten Schaden ein so großes Gewicht hätte legen wollen, daß er als nothwendiges Requisit des objectiven Thatbestandes des ganzen Vergehens hätte in Betracht kommen sollen, er dann schwerlich in gleicher Position und zwar zuerst die Stückzahl des eingehüteten Viehes als für die Höhe der Strafe maßgebend bezeichnet haben würde, weil es für den verletzten Grundstücksbesitzer, von dem Gesichtspunkte des durch das einmalige Einhüten ꝛc. von Vieh auf sein Grundstück angerichteten Schadens aus betrachtet, ziemlich irrelevant erscheint, ob dieser Schade durch eine größere oder geringere Stückzahl fremden Viehes herbeigeführt worden ist.

Es giebt aber auch das Gesetz selbst in dem in Frage befangenen Artikel 10, insbesondere unter 3 und 7, deutlich an die Hand, daß man nicht nur den wirklich eingetretenen, sondern auch den nur möglichen Schaden bei Erlaß des Gesetzes berücksichtigt wissen wollte, denn einer Seits wird unter 3 das Hüten, Treiben und Laufenlassen von Ziegen in fremden Waldungen oder sonst auf fremden Grundstücken,

Digitized by Google

wo durch diese Viehgattung ein besonderer Schade angerichtet werden kann, mit einer ungleich härteren Strafe bedroht, als es bei dem Hüten ꝛc. der Ziegen auf anderen Grundstücken geschehen ist, wo also kein besonderer Schade geschehen konnte, und wobei die Ziegen anderen Gattungen von Vieh gleichgestellt werden, anderer Seits aber wird unter 7 das Treiben von an einer ansteckenden Krankheit leidendem Vieh über fremde Grundstücke auf unerlaubten Wegen, abgesehen von der nach Punkt 1, 2, 3, 4, 5 etwa verwirkten Strafe, mit besonderer Strafe verpönt, jedenfalls nur aus Rücksicht auf die mögliche Gefahr der Ansteckung, welche dadurch dem eigenen Viehe des Grundstücksbesitzers bereitet wird, ohne daß auch hier der Eintritt dieses Nachtheils irgendwie als Erforderniß der Anwendung dieser Strafbestimmungen angedeutet worden wäre.

II. Zu der Strafprozeßordnung.

6.

Wenn bei einem Bestrafungsantrage auf verschiedene Strafvorschriften Bezug genommen wird, so kann der Richter, wenn er auch die eine Vorschrift unanwendbar findet, auf Grund der andern seine Entscheidung ertheilen, ohne einen neuen auf die anwendbare Strafvorschrift Bezug nehmenden Strafantrag abzuwarten. — Zu Art. 35 StPO.

Erkenntn. v. 9. Febr. 1863 no. 131/129.

Ueber das Verhältniß der beiden Abschnitte des Art. 35 der StPO. zu einander enthält

Schwarze's Straf.-Proz.-Ordn. mit Erläuterungen, S. 40. richtige Bemerkungen, unter Bezugnahme auf die in diesem Sinne bisher ertheilten Entscheidungen. Indem man daher hierauf zurück-

Digitized by Google

weiſet, ergiebt ſich daraus für vorliegenden Fall die Unerheblichkeit des erſten Theiles der eingewendeten Nichtigkeitsbeſchwerde. Das erkennende Gericht iſt keineswegs der Meinung, daß auf die feſtgeſtellte Handlungsweiſe N.'s ſowohl Art. 166 fg. als Art. 239 des StGB.'s Anwendung leide, ſondern es weiſet B.'s Auffaſſung jener Handlungsweiſe als Körperverletzung zurück und findet ſolche nur nach Art. 239 in Verbindung mit 241c des StGB.'s ſtrafbar. In einem Falle dieſer Art tritt Abſ. 1 des Art. 35 der StPO. ein, und die weitere Folge iſt, daß es des geſtellten Strafantrags, weil er ſchon in dem Bl. mit enthalten iſt, nicht bedarf.

7.

Partirerei fällt nicht unter die Competenz des Einzelrichters, ſobald dabei der volle Werth der Sache bezahlt worden. — Zu Art. 44 3 StPO.

Verordn. v. 12. März 1862 no. 275/238.

Wenn auch nach Art. 44 unter 3 der StPO. nur Diebſtähle, Erpreſſungen, Betrügereien, Unterſchlagungen und andere Vergehungen, welche nach Art. 276 unter 1 des StGB.'s oder nach dieſer Beſtimmung in Verbindung mit Art. 277 oder mit einem Bruchtheile der in dieſen Artikeln angedrohten Strafe zu beſtrafen ſind, vor den Einzelrichter gehören ſollen, dieſe Vorausſetzungen aber bei einer als ſelbſtſtändiges Verbrechen nach dem 3. Abſatz des Art. 46 der StPO. zu behandelnden Partirerei, wo der volle Werth der Sache bezahlt worden, und welche daher im Art 292 des StGB.'s mit Gefängniß bis zu vier Monaten bedroht iſt, zu vermiſſen ſtehen, vielmehr eine ſolche Partirerei nach Art. 45 der StPO. der Competenz des Bez.-Ger. anheim fällt, ſo ꝛc.

8.

Die Vorſchrift des Art. 58 StPO. verliert ihre Anwendbarkeit dadurch nicht, daß im Falle materieller oder ideeller Concurrenz eines zur Competenz des Bezirksgerichts gehörigen Verbrechens mit einem zur Zuſtändig-

Digitized by Google

keit des Einzelrichters gehörigen, das letztere das schwerere ist.

Verordn. v. 30. April 1862 no. 426/439.

Im Art. 58 Abs. 1 der StPO. ist ausgesprochen, daß wenn wider denselben Angeschuldigten Verbrechen zur Anzeige gelangen, welche theils zur bezirksgerichtlichen Zuständigkeit, theils zur Zuständigkeit des Einzelrichters gehören, das zur Untersuchung der ersteren zuständige Bez.-Ger. die Untersuchung und Aburtheilung auch auf die letztere mit zu erstrecken habe. Hierbei macht das Gesetz zwischen materieller und ideeller Concurrenz der Verbrechen keinen Unterschied, vielmehr ist als oberstes Princip zu betrachten, daß, wo irgend ein nach Art. 45 der StPO. der bezirksgerichtlichen Competenz zugewiesenes Verbrechen wenigstens mit in Frage kommt, dasselbe das damit zusammentreffende einzelgerichtliche Verbrechen allemal an sich zieht. Da Art. 44 fg. der StPO. die Competenz des Einzelrichters und des Bez.-Ger. nicht unbedingt nach der Schwere der angedrohten Strafen regelt, so kann auch nichts Befremdliches darin gefunden werden, daß ein mit dem schweren, zur einzelgerichtlichen Competenz gehörigen Verbrechen materiell oder auch nur ideell concurrirendes minder schweres, jedoch der bezirksgerichtlichen Competenz anheim fallendes Verbrechen die Competenz des Bez.-Ger. zur Untersuchung beider begründet.

Im vorliegenden Falle nun, wo Sch. unaufgefordert an Ger.-Amtsstelle zu G. erschienen ist, und, wie ihm beigemessen wird, wider besseres Wissen die wahrheitswidrige Beschuldigung einer Unterschlagung gegen den Weber R. mit dem Antrage auf strenge Untersuchung und nach Befinden Bestrafung des Angeschuldigten vorgebracht hat, concurriren ideell das zur einzelrichterlichen Competenz gehörige Verbrechen einer schweren Verleumdung nach Art. 236 des StGB.'s und das zur bezirksgerichtlichen Competenz gehörige der wahrheitswidrigen Aussage nach Art. 229 des StGB.'s. Der im Art. 77 des StGB.'s mit erwähnte Fall, wo das schwerere Verbrechen schon seinem Begriffe nach das leichtere in sich enthält, liegt hier nicht vor, da das im Art. 236 bezeichnete Verbrechen füglich ohne die im Art. 229 vorausgesetzte wahrheitswidrige Aussage vor einer öffentlichen Behörde

Digitized by Google

begangen werden kann. Jene Concurrenz begründet aber nach Art. 58 Abs. 1 der StPO. um so mehr die Competenz des Bez.-Ger. zu Führung der Untersuchung, als entgegengesetzten Falles der Einzelrichter, um dem Art. 77 des StGB.'s im zweiten und dritten Satze zu entsprechen, die Untersuchung und Entscheidung mit auf ein bezirksgerichtliches Verbrechen richten müsse, und als derselbe dabei sogar in die Lage kommen könnte, ausschließlich über das bezirksgerichtliche Verbrechen zu entscheiden, wiefern etwa, um bei dem vorliegenden Falle stehen zu bleiben, der zu Anwendung von Art. 236 des StGB.'s erforderliche dolus in Folge der Untersuchung zur Erledigung käme, und nur noch auf die Anwendung von Art. 229 des StGB.'s, vielleicht sogar nur auf die Anwendung des zweiten Absatzes dieses Artikels zu recurriren wäre. Dies ist aber, von den Fällen abgesehen, welche dem in Art. 47 der StPO. in Verb. mit dem Erläut.-Ges. vom 25. Septbr. 1861 unter XIX. gestatteten Verfahren unterliegen, gesetzlich nicht zulässig, ja, so unbeschränkt sonst das dem OAG. ertheilte Beauftragungsrecht ist, so darf solches doch nach Art. 62 Abs. 2 der StPO. nicht dazu benutzt werden, die Untersuchung und Aburtheilung eines zur bezirksgerichtlichen Zuständigkeit gehörigen Verbrechens einem Einzelrichter zuzuweisen.

9.

Auf Fälle des Artikel 58 der StPO. ist die Vorschrift des Erläuterungsgesetzes vom 25. September 1861 sub XX. nicht auszudehnen.

Verordn. v. 3. Novbr. 1862 no. 1130/1116.

Für den Umfang der Anwendbarkeit des unter Nr. XX. des Erläuter.-Ges. vom 25. Septbr. 1861 aufgestellten Grundsatzes kann nur die Ueberschrift jenes Abschnittes des gedachten Gesetzes (zu Art. 56 und 57 der StPO.) maßgebend sein. Allerdings hätte der betreffende Grundsatz auch auf Fälle des Art. 58 der StPO. angewendet werden können, und es wäre vielleicht consequenter gewesen, wenn man ihn hierauf ebenfalls hätte Anwendung finden lassen. Wenn aber, bei so ganz nahe liegenden Erwägungen, der Gesetzgeber es einfach vorgezogen hat, denselben in der Anwendung auf Art. 56 und 57

Digitized by Google

der StPO. zu beschränken, so geziemt es den Gerichtsbehörden nicht, mittels einer, hier in jeder Hinsicht unzulässigen extensiven Interpretation dem klar ausgesprochenen Willen des Gesetzgebers entgegenzutreten. Ob den letzteren hierbei möglicher Weise das Motiv geleitet, dessen der Verfasser der Abhandlung Nr. XXV. im sechsten Bande der allgem. Gerichtszeitung S. 256 gedenkt, muß dahingestellt bleiben. Es kann dabei aber nicht unbeachtet gelassen werden, daß — abweichend von dem im Erläut.-Ges. unter XX. Abs. 1 aufgestellten Grundsatze — das nach Art. 58 Absatz 3 der StPO. gestattete Verfahren, auf welches Nr. XXII. Abs. 2 des mehrerwähnten Erläuterungsgesetzes sich bezieht, zu Anwendung von Art. 421 der StPO. führt.

10.

Die innerhalb der zehntägigen Frist anzugebenden Gründe der behaupteten Nichtigkeit müssen die angefochtenen Punkte deutlich erkennen lassen. — Art. 88 StPO.

Verordn. v. 7. Juli 1862 no. 733/716.

Wenn der Vorwurf, einen Beschwerdegrund tempestiv nicht angeführt zu haben, mit der Entgegnung abgelehnt wird, daß innerhalb der zehntägigen Frist als Grund der Einwendung der Nichtigkeitsbeschwerde aufgestellt worden, „weil eine Freisprechung des Angeklagten erfolgt sei," so genügt dieser Grund, seiner Allgemeinheit wegen, nicht, um den Anforderungen des Art. 88 Abs. 1 der StPO. zu entsprechen. Da nämlich selbst eine Straffreisprechung auf den Grund thatsächlicher Feststellungen stattfinden kann, so erscheint eine blos gegen die Freisprechung gerichtete Nichtigkeitsbeschwerde jener gesetzlichen Anordnung gegenüber keineswegs speciell genug begründet, da man aus solcher noch nicht zu erkennen vermag, ob damit die der Entscheidung unterliegende Rechtsansicht, und welche von mehreren, oder blos die thatsächliche Feststellung angefochten werden sollen. Es muß aber die Begründung der Nichtigkeitsbeschwerde innerhalb der zehntägigen Frist mindestens dergestalt erfolgen, daß man aus solcher die Zulässigkeit des Rechtsmittels sofort mit Sicherheit zu entnehmen vermag, und es ist eine unrichtige Ansicht, wenn in der Beschwerdevorstellung behauptet wird, in der vorbehaltenen, aber lange nach

Digitized by Google

Ablauf der Einwendungsfrist überreichten Ausführungsschrift hätten specielle Beschwerden bei vorausgegangener allgemeiner Anfechtung des gravirlichen Erkenntnisses noch nachgebracht werden können. Bei der Nichtigkeitsbeschwerde müssen vielmehr sämmtliche Beschwerden sofort intra decendium speciell aufgestellt und es kann später nur eine weitere Ausführung der speciell aufgestellten Beschwerden zugelassen werden.

11.

Bekanntmachung des Actenschlusses an den Angeschuldigten ersetzt die Art. 362 Abs. 2 vorgeschriebene Vorhaltung, sanirt jedoch nicht unbedingt Verstöße des Richters gegen die Vorschriften im Art. 117 vb. 243 Abs. 3. Benennung von Zeugen ist dem Antrage auf deren Abhörung gleich zu achten.

Erkenntn. v. 11. Febr. 1863 no. 82/136.

Was den vom Angeklagten zuletzt erwähnten Beschwerdepunkt anlangt, daß das Gericht, der Vorschrift im zweiten Abschnitte von Art. 362 der StPO. zuwider, ihm die gegen ihn sprechenden Verdachtsgründe nicht nochmals vorgehalten, und ihn zu Angabe dessen, was er hiergegen noch geltend zu machen gemeint sei, nicht aufgefordert habe, so vermag diese, wenn schon nicht zu billigende, Unterlassung einer prozessualischen Vorschrift doch eine Nichtigkeit des Verfahrens nicht herbeizuführen, da sie weder bei Strafe der Nichtigkeit angedroht, noch für eine wesentliche Vorschrift im Sinne von Art 349 I. der StPO. zu achten ist. Es würde in dieser Beziehung genügen, daß dem Angeklagten der Actenschluß bekannt gemacht worden ist, und er auf Befragen erklärt hat, Weiteres zu seiner Entschuldigung nicht anzuführen zu haben.

(Vergl. Allgem. Ger.-Zeit. Bd. II., S. 287.)

Dagegen ist gegen die Vorschrift in Art. 117 der StPO., nach welcher der Untersuchungsrichter den vom Angeklagten gestellten Antrag zu prüfen und, dafern er Bedenken trägt, demselben zu entsprechen, solches dem Antragsteller zu eröffnen hat, gefehlt worden. Die Unterlassung einer derartigen Eröffnung zieht Nichtigkeit des Verfahrens nach sich.

(Vergl. Art. 243 Abs. 3 verb. mit Art. 377 der StPO.)

Digitized by Google

Der Angeklagte hatte drei Zeugen benannt, welche angeblich den fraglichen Vorfall mit angesehen, und es hatte das Untersuchungsgericht hierauf die Abhörung der benannten Zeugen beschlossen. Von diesem Beschlusse ist dasselbe jedoch stillschweigend zurückgegangen, indem es nur die von dem Privatankläger angegebenen Zeugen abgehört hat. Nachdem aber das Untersuchungsgericht diese Benennung der Zeugen als einen Antrag auf deren Abhörung, der offenbar auch darin enthalten war, aufgefaßt und die letztere beschlossen hatte, durfte es dieselbe nicht unterlassen, ohne den Angeklagten hiervon in Kenntniß zu setzen. Diese Unterlassung wird auch in einem Falle der vorliegenden Art dadurch, daß das Gericht vor der Bescheidsertheilung dem Angeklagten den Actenschluß bekannt gemacht und jener etwas weiter nicht angebracht, insbesondere nicht gefragt hat, ob die von ihm angegebenen Zeugen abgehört worden seien, nicht sanirt, weil der Angeklagte voraussetzen konnte, daß die resolvirte Abhörung der Zeugen wirklich erfolgt sei.

12.

Wenn gegen die Höhe einer vom GA. erlassenen Strafverfügung eine nach Nr. XXVII. des Erläut.-Gesetzes vom 25. Septbr. 1861 als Einspruch zu behandelnde Einwendung vorgebracht worden ist, so darf das Bez.-Ger., auch wenn sich die Einwendung auf unrichtige Gesetzesanwendung stützt und als begründet befunden wird, dennoch keine Cassation der Strafverfügung verhängen, sondern sein Erkenntniß nur auf Strafherabsetzung oder Freisprechung richten. — Zu Art. 368 StPO.

Erkenntn. v. 14. Jan. 1863 no. 7/21.

Nachdem das GA. Z. an die durch die Anzeige eines Forstdiebstahls bezüchtigte F. eine, zugleich mit auf die Annahme der Rückfälligkeit der Angeklagten begründete Strafverfügung erlassen hatte, erhob die F. gegen diese Strafverfügung Einwendung, und zwar deshalb, weil ihr die darin auferlegte Gefängnißstrafe zu hart erscheine, da hierbei Rückfälligkeit mit berücksichtigt worden sei, sie aber noch nie eines Forstdiebstahls sich schuldig gemacht habe. Da diese Ein-

Digitized by Google

wendung ausdrücklich nur auf die Höhe der in der ergangenen Strafverfügung ausgesprochenen Strafe beschränkt war, so trat die in Nr. XXVII. Abs. 1 des Erläut.-Ges. vom 25. Septbr. 1861 enthaltene Vorschrift ein, nach welcher eine derartige Einwendung gegen eine Strafverfügung als Einspruch gegen die Strafhöhe zu behandeln, und darüber von dem Bez.-Ger. zu entscheiden ist. Dies wurde auch von den betreffenden Gerichtsbehörden nicht verkannt, vielmehr verfuhren dieselben demgemäß. Das Ger.-Amt Z. gab nämlich, nachdem es noch über die Rückfallsfrage eine Erörterung angestellt und dabei die Unrichtigkeit der Annahme, daß die Angeschuldigte rückfällig sei, sich ergeben hatte, die Sache zur Entschließung auf jene Einwendung an das Bez.-Ger. A. ab, dieses aber behandelte die nurbemerkte Einwendung als Einspruch und entschied darüber nach Abhaltung eines Verhandlungstermins. Die diesfalls von genanntem Bez.-Ger. ertheilte Entscheidung ging dahin, daß die an die F. erlassene, auf der Voraussetzung der Rückfälligkeit derselben beruhende Strafverfügung, nachdem sich jene Voraussetzung nunmehr als unrichtig erwiesen habe, außer Wirksamkeit zu setzen, vielmehr eine anderweite, der damaligen Sachlage entsprechende Strafverfügung an die Angeklagte zu erlassen sei. Diese Entscheidung ist nun aber von dem Staatsanwalte mit der Nichtigkeitsbeschwerde angefochten worden und das OAG. hat dieses Rechtsmittel für begründet befunden.

Auf erhobenen Einspruch kann, wie aus der Natur dieses Rechtsmittels und aus Art. 379 der StPO. sich ergiebt, ein Erkenntniß des Einzelrichters von dem Bez.-Ger. nur entweder bestätigt oder abgeändert, niemals aber cassirt werden. Hieraus in Verbindung damit, daß jede Strafverfügung als ein anticipirtes Straferkenntniß des Einzelrichters zu betrachten ist, folgt, daß, sobald gegen eine Strafverfügung des Einzelrichters eine nach der Novelle XXVII. Abs. 1 als Einspruch gegen die Strafhöhe zu behandelnde Einwendung vorliegt, das Bez.-Ger. lediglich darüber, ob die in der Strafverfügung ausgesprochene Strafe nach Art und Maß als angemessen sich darstelle, zu entscheiden, und demgemäß die Strafverfügung bezüglich der gewählten Strafe entweder zu bestätigen oder abzuändern hat. Keineswegs aber steht in einem solchen Falle dem Bez.-Ger. das Befugniß

Digitized by Google

zu, durch seine Entscheidung die Strafverfügung außer Wirksamkeit zu setzen, und dem Einzelrichter die Erlassung einer anderen Strafverfügung aufzugeben. Denn dies würde auf eine nach dem Obigen außerhalb der Berechtigung des Bez.-Ger. liegende Cassation des von dem Einzelrichter unter der Form einer Strafverfügung gefällten Straferkenntnisses hinauslaufen. Zudem würde auch eine derartige Entscheidung des Bez.-Ger. damit unvereinbar sein, daß unter den gegebenen Verhältnissen theilweise Rechtskraft der erlassenen Strafverfügung anzunehmen ist. Denn es läßt sich nicht bezweifeln, daß, wenn ein Angeklagter gegen eine an ihn ergangene Strafverfügung innerhalb der Zehntagsfrist zwar Einwendung erhoben, diese aber lediglich gegen die Strafhöhe gerichtet hat, hieraus ein Verzicht auf Anfechtung der in der Strafverfügung enthaltenen Schuldannahme abzunehmen, und daher in Ansehung der letzteren die Strafverfügung für rechtskräftig zu achten ist.

Die vorstehend entwickelten Grundsätze leiden auf alle Einwendungen, welche nach dem ersten Absatze des Novelle XXVII. als Einspruch zu behandeln sind, ohne Unterschied der Fälle Anwendung, und sie greifen daher auch dann Platz, wenn, wie in dem gegenwärtig vorliegenden Falle, die Einwendung darauf, daß bei Bestimmung der in der Strafverfügung ausgesprochenen Strafe irrthümlich das Vorhandensein eines Straferhöhungsgrundes angenommen worden sei, gestützt wird, und diese Behauptung bei einer diesfalls angestellten Erörterung als richtig sich erweist. Bemerkt mag dabei noch werden, daß auch in einem Falle der eben gedachten Art die Anwendung der obigen Grundsätze durchaus keine praktische Schwierigkeit darbietet, da das Bez.-Ger. unbehindert ist, bei seiner Entscheidung über die Strafhöhe jene nachträgliche Ermittelung zu berücksichtigen, und auf Grund derselben die Strafe bezüglich des Maßes nach Befinden auch rücksichtlich der Art abzuändern.

Aus diesen Gründen muß allerdings, die gegenwärtige Sache anlangend, ein Verstoß gegen wesentliche strafprozessuale Vorschriften darin gefunden werden, daß das Bez.-Ger. A. auf die Einwendung Bl. in der vorerwähnten Weise erkannt, und nicht vielmehr in der diesfalls ertheilten Entscheidung ausgesprochen hat, ob es bei der in der Strafverfügung dictirten Strafe zu lassen oder in welcher Weise dieselbe abzuändern sei.

Digitized by Google

13.

Wenn mit Einspruch gegen ein gerichtsamtliches Erkenntniß nur **eventuelle** Nichtigkeitsbeschwerde verbunden ist, so hat sich das Bezirksgericht der Cognition darüber mit der über den Einspruch zu unterziehen. — Zu Art. 378 StPO.

Verordn. v. 6. Febr. 1863 no. 122/125.

Der Angeklagte hat gegen den Bescheid des Ger.-Amtes Einspruch, eventuell Nichtigkeitsbeschwerde, eingewendet, und in der zu Rechtfertigung dieser Rechtsmittel übergebenen Schrift sowohl die Unterordnung seiner Handlung unter das angewendete Strafgesetz überhaupt, als auch die thatsächliche Feststellung bestritten.

Da nun der Angeklagte nicht unbedingt, sondern nur eventuell Nichtigkeitsbeschwerde erhoben, die Entscheidung des OAG.'s also nur für den Fall, daß solche etwa nothwendig sei, beantragt hat, beide Beschwerdepunkte aber unter den obwaltenden Umständen in Folge des eingewendeten Rechtsmittels des Einspruchs von dem Bez.-Ger. einer Prüfung und Entscheidung unterworfen werden können, mithin ein Fall, der im Art. 378 der StPO. gedachten Art nicht vorliegt, vielmehr die gegen den Bescheid der ersten Instanz gerichtete eventuelle Nichtigkeitsbeschwerde durch das zu ertheilende bezirksgerichtliche Erkenntniß von selbst erlischt, so hat das OAG. nach vorgängigem Gehör des Oberstaatsanwalts beschlossen, die Acten zur Entscheidung über das vom Angeklagten eingewendete Rechtsmittel des Einspruchs an das Bez.-Ger. zurückzusenden.

14.

Die durch gerichtsamtliche Entscheidung erfolgte **Straf**freisprechung kann unter gewissen Voraussetzungen auch mittels Einspruchs angefochten werden. — Zu Art. 379 StPO.

Verordn. v. 19. Jan. 1863 no. 67/36.

Bei der Allgemeinheit der Bestimmung, durch welche im Art. 379 StPO. verschiedene von den Vorschriften, nach welchen in den vor

Digitized by Google

die Bez.-Ger. gehörigen Untersuchungen die Zulässigkeit der Rechtsmittel in Art. 240, 242, 338 und 349 der StPO. unter bestimmter Abgrenzung normirt worden ist, dem Staatsanwalte — und sonach ebenfalls dem Privatankläger — die Befugniß, die Erkenntnisse der Einzelrichter wegen der Entscheidung über die Schuldfrage im Wege des Einspruchs anzufechten, daselbst eingeräumt wird, würde es sich nicht rechtfertigen lassen, wenn man den Genannten dieses Rechtsmittel gegen ein Erkenntniß, in welchem der Angeschuldigte straffrei gesprochen worden ist, nur insoweit gestatten wollte, als die von ihnen dagegen erhobene Einwendung die Gesetzesanwendung, nicht aber auch insoweit, als sie die thatsächliche Feststellung der factischen Verhältnisse betrifft, auf denen die Straffreisprechung beruht.

Annalen des OAG.'s Bd. II. Nr. 3, S. 93 fg. und
Schwarze, Strafproz.-Ordnung 3. Aufl., S. 79 Abs. 1.

Dies gilt namentlich da, wo, wie im vorliegenden Falle, der Angeschuldigte wegen eines ihm zur Seite stehenden Ausschließungsgrundes die Straffreisprechung erlangt hat, der Ankläger aber ein solches Erkenntniß im Allgemeinen, ohne Angabe jedes Grundes, also seinem ganzen Inhalte nach, anficht. Hier darf die angegangene zweite Instanz von der Frage: ob die thatsächliche Feststellung rücksichtlich der von dem Angeschuldigten zu seiner Entschuldigung angeführten Umstände die Straffreisprechung begründet erscheinen lasse, nicht absehen, da diese Frage für die Entscheidung über die Schuldfrage präjudiziell ist, also einen Theil dieser, im Wege des Einspruchs anfechtbaren Entscheidung bildet.

15.

Dem Staatsanwalte steht keinerlei Rechtsmittel gegen die Entscheidung auf Uebertragung der Kosten aus der Staatscasse zu. — Zu Art. 408 StPO.

Verordn. v. 5. Jan. 1863 no. 1321/1367 v. 1862.

Art. 20 der StPO., in welchem über den Beruf der Staatsanwaltschaft im Allgemeinen gehandelt wird, und dessen Inhalt daher vor allen Dingen ins Auge zu fassen ist, enthält durchaus keine Bestimmungen, aus denen eine Verpflichtung oder Berechtigung des

Digitized by Google

Staatsanwalts zu einer speciellen Wahrnehmung der Interessen der Staatscasse und zu einer diesfallsigen Beaufsichtigung der Gerichte, mithin auch zur Beschwerdeführung in dieser Beziehung hergeleitet werden könnte, und es sind auch derartige Bestimmungen in anderen Artikeln der StPO. nicht aufzufinden. Aus den Vorschriften der Art. 126, 235, 240, 338 der StPO. muß vielmehr, was zunächst die vor das Bez.-Ger. gehörigen Untersuchungen anlangt, im Gegentheile gefolgert werden, daß es nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen, der Staatsanwaltschaft zugleich die Ueberwachung des Sportel-Interesse mit zuzuweisen, denn während nach Art. 126, 235, 240 bei erfolgter Einstellung von Voruntersuchungen in Betreff des Kostenpunktes für sich allein ausdrücklich nur dem Angeschuldigten das Rechtsmittel der Berufung gegen die betreffenden Einstellungserkenntnisse oder Beschlüsse eingeräumt worden ist, kann das Enderkenntniß von dem Staatsanwalte überhaupt nach Art. 338 Abs. 3 blos mit der Nichtigkeitsbeschwerde, die nach Art. 408 Abs. 1 der StPO. niemals gegen die Entscheidung über den Kostenpunkt erhoben werden kann, angefochten werden, und die von dem Beschwerdeführer dagegen und zur Rechtfertigung seiner Ansicht versuchte Bezugnahme auf Art. 408 Abs. 2 der StPO. beruht auf einer Auffassung des Inhalts der betreffenden Gesetzstelle, die, wie das OAG. schon in einer früheren in den Annalen Bd. II., S. 277 mitgetheilten Entscheidung ausgesprochen und näher nachgewiesen hat, nicht für die richtige anerkannt werden kann und die sich mit den vorher erwähnten speciellen Vorschriften der StPO. nicht vereinigen läßt. Nun kann zwar in Einzelrichtersachen gegen das erstgerichtliche Erkenntniß nach Art. 379 Abs. 1 der StPO. allerdings auch wegen des Kostenpunktes von dem Staatsanwalte Einspruch erhoben werden, es läßt sich dies aber nach demjenigen, was bereits im Vorstehenden bemerkt worden, nicht füglich auf andere Fälle, als auf diejenigen beziehen, in denen der Staatsanwalt selbst —

vergl. Art. 411 der StPO.

zur Bezahlung von Kosten verurtheilt worden, wie denn auch in Privatanklagsachen, bei denen eine Mitwirkung des Staatsanwalts überhaupt nicht stattfindet, der nach Art. 32 der StPO. an dessen Stelle tretenden Privatankläger niemals auf Grund des Art. 379

Digitized by Google

Abs. 1 um deswillen wird Einspruch einwenden können, weil die erwachsenen Kosten nicht dem Angeschuldigten zuerkannt, sondern Gerichtswegen übertragen worden.

III. Handels- und Wechselrecht.

5.

Nach dem Rechte vor dem A. D. Handelsgesetzbuche verpflichtet der Procurist den Principal nur insoweit, als seine Handlungen das Handelsgeschäft betreffen, hinsichtlich dessen ihm Procura ertheilt ist.

II. Sen.-Erk. v. 18. Nov. 1862 no. 759/767.*)

Mit Recht ist von den vorigen Instanzen ausgestellt worden, daß Beklagter nicht einmal die bestimmte thatsächlich begründete Behauptung, daß V. der Procurist des Klägers gewesen, aufgestellt, noch weniger aber den Umfang dieser Procura und das Handelsgeschäft, zu dessen Betriebe dieselbe dem genannten V. ertheilt worden sei, näher angeführt hat. Der Kläger selbst hat zwar den letzteren schon in der Klage als seinen Procuristen bezeichnet und dasselbe auch in der Einlassung auf den 15. Bew.-Art. zugestanden. Allein der Pro-

---

*) Der Klage auf Herausgabe gewisser, vom Beklagten für Klägern ursprünglich in Folge Mandats besessener Werthpapiere, setzte Beklagter die Einrede entgegen, daß ihm solche vom Kläger für Ansprüche aus anderen Papierspeculationsgeschäften verpfändet seien. Im Beweise dieser Einrede wurde ausgeführt, daß die Verpfändung ꝛc. von Klägers „Procuristen" V. erfolgt sei, und war liquid, daß Kläger, Inhaber eines Mehl- und Productengeschäfts, den V. als Procuristen für dieses Geschäft bestellt habe, wogegen der Nachweis einer speciellen Ermächtigung zu den Geschäften in Folge deren die Verpfändung erfolgt war und zu letzterer ermangelte. Beklagtens Beweis wurde von den Instanzen (HG. und AG. Leipzig und OAG.) für verfehlt erachtet. In den Rationen des OAG.'s war das im Text Gegebene bemerkt.

Digitized by Google

curist ist, wenigstens nach den hier noch maßgebenden Grundsätzen des bisherigen Rechtes, nicht zu dem Abschlusse aller, den Principal betreffenden Rechtsgeschäfte, sondern nur für solche Geschäfte und Verfügungen ermächtigt, welche das Handelsgeschäft angehen und mit dem Handelsgeschäfte in Verbindung stehen, zu dessen Betriebe ihm die Procura ertheilt worden ist.

§. 2 I. quod cum eo etc. (4. 7.)
l. 5 §. 11 D. de institut. act. (14. 3.)
l. 2, l. 3 C. de instit. act. (4. 25.)
Thöl, Handelsrecht §. 30 fg., S. 175 fg. (ed. nov.)

Es ist also schon ein wesentlicher Mangel des Beweises, daß der Beklagte weder das Handelsgeschäft des Klägers, bei welchem V. die Procura gehabt, noch den etwa weiter gehenden Inhalt einer ihm mündlich oder schriftlich vom Kläger ertheilten Vollmacht angeführt und zu beweisen versucht hat. Dazu kommt aber noch, daß der Kläger durch das Zugeständniß des Beklagten zum 8. Gegenbew.-Art. in Verbindung mit der Gegenbew.-Urk. B. dargethan hat, daß das bis zu Anfang des Jahres 1861 unter der Firma K. A. M. jun. zu L. von ihm betriebene Geschäft nur ein Mehl- und Productenhandel gewesen ist und die V.'n ertheilte Procura sich nur auf dieses Mehl- und das damit verbundene Mahlgeschäft bezogen hat. Die Geschäftsverbindung, welche nach dem Contocorrente und den Bew.-Artikeln 12—14 zwischen den Parteien bestanden und sich auf den von dem Beklagten commissionsweise für den Kläger erfolgten An- und Verkauf von Creditpapieren bezogen haben soll, gehört augenscheinlich nicht zu dem oben erwähnten Mehl- und Mahlgeschäft, sondern weist darauf hin, daß der Kläger neben seinem Handelsgeschäfte auch Speculationsgeschäfte betrieben haben mag, welche dem ersteren gegenüber nur als Privatangelegenheit betrachtet werden können. Zu Abschluß von Verträgen, welche sich auf diese Geschäfte bezogen, war also der Procurist V. vermöge der ihm ertheilten Procura und ohne einen hierauf besonders gerichteten Auftrag des Klägers nicht ermächtigt, und der Beklagte und dessen Procurist H. konnten auch nicht von der Voraussetzung ausgehen, daß der Procurist eines Mehl- und Mahlgeschäftes zu einer Uebereinkunft der hier behaupteten Art bevollmächtigt sei. Der Umstand, daß der Kläger den Ankauf der in der Klage

Digitized by Google

gedachten Actien durch seinen Procuristen V. besorgen und durch denselben auch den Beklagten den Auftrag und beziehentlich Geldmittel zur Bestreitung der letzten Einzahlung und Empfangnahme der Vollactien zugehen ließ, ist ebenfalls nicht geeignet, diese wesentliche Lücke der Beweisführung zu ergänzen und das Ergebniß des Gegenbeweises zu alteriren. Denn daraus, daß sich der Kläger seines Procuristen bediente, um durch diesen einzelne, an sich in den Geschäftskreis des letzteren nicht gehörige Geschäfte zu besorgen, folgt nicht und konnte auch von Beklagtem nicht gefolgert werden, daß derselbe zu noch anderen, von diesen verschiedenen Geschäften habe ermächtigt werden sollen und noch weniger läßt sich aus der Vollziehung einzelner Geschäfte für den Kläger durch V.'n auf ein etwa bestehendes allgemeines, die Grenzen der Procura überschreitendes Mandat schließen.

6.

Bei der auf eine bestimmte Zeit eingegangenen Handelsgesellschaft kann ein Socius nicht vor deren Ablauf Lösung um deswillen verlangen, weil ein Theil des Einlagecapitals verloren ist und er den Verlust des Restes fürchtet.*)

II. Sen.-Erk. v. 25. Novbr. 1862 no. 798/784.

Das Klaggesuch ermangelt der Begründung insofern, als Kläger zur Lösung der Societät, unter Umgehung des nach §. 14 des Vertrags, beiden Theilen nachgelassenen einjährigen Kündigungsbefugnisses, sich für befugt erachtet auf den Grund von ihm behaupteter Verluste am gemeinschaftlichen Einlagecapital und auf den Grund der geäußerten Befürchtung eines nach dem Stande des Geschäfts möglichen gänzlichen Verlustes des Einlagecapitals. Denn bekannten Rechten nach ist der beliebige Rücktritt von einem auf bestimmte Zeit eingangenen Gesellschaftsvertrage vor Ablauf der contractmäßigen Dauer einem Gesellschafter andergestalt nicht als aus triftigen Ursachen gestattet, wie solche allerdings

Brinkmann, Lehrb. des Handelsrechts §. 46, S. 171.

*) Vergl. A. D. HGB. Art. 125.

Digitized by Google

Treitschke, die Lehre von der Gewerbsgesellschaft §. 67b, S. 183 fg.

nur beispielsweise in den Gesetzen aufgeführt sich finden und im Zweifelsfalle hat der Richter über das Gewicht solcher bei entstandenem Widerspruche zu entscheiden. Wie es nun aber sich schon von selbst versteht, daß bloße Verluste am Gesellschaftsvermögen allein betrachtet als ein genügender Grund zum einseitigen Rücktritte schon darum nicht gelten können, weil eine derartige Annahme mit dem Wesen einer Erwerbsgesellschaft selbstverständlich geradezu unvereinbar sein würde, so findet auch Klägers Verlangen nicht das mindeste Anhalten in den Gesetzen. Im Gegentheile fehlt es in letzteren nicht an Analogieen für die auch in der Praxis befolgte Annahme, daß, abgesehen von dem Falle einer eingetretenen Insolvenz eines Gesellschafters, welchenfalls andere Grundsätze einschlagen, nur erst der gänzliche Verlust des von den Genossen zusammengebrachten Capitals, weil solcher die Erreichung des Gesellschaftszweckes von selbst aufhebt, einen Grund zur sofortigen Auflösung der Gesellschaft darbietet.

l. 15. D. pro socio (XVII. 2.)

l. 63 §. 10 eod.

Treitschke, a. a. O. §. 67b sub 3 verb. mit §. 76, S. 203.

Von selbst folgt hieraus, daß eine bloße Befürchtung des gänzlichen Verlustes, wie solche von dem Kläger ausgesprochen wird, nicht entscheidet. Vielmehr muß es dem Kläger überlassen bleiben, ob er, sei es nun unter Benutzung der ihm nach §. 14 des Societäts-Vertrages freistehenden Kündigung oder auf andere Weise die Societät vor Ablauf der eigentlichen Contractszeit seinerseits zu lösen und hierdurch vor weiteren Verlusten sich zu sichern im Stande sein wird.

7.

Die Wechselregreßverjährung nach Art. 79 der A. D. W. O. (gegen den Indossanten) muß liquid sein, um von Richteramtswegen berücksichtigt zu werden.

II. Sen.-Erk. v. 11. Novbr. 1862 no. 778/749.

Weil der Wechsel, auf dessen Grund Kläger als Nachmann Regreßansprüche gegen Beklagten als Aussteller, wie als ersten Indossanten

Digitized by Google

verfolgt, am 1. April d. J. unter Protest gegangen ist und zwischen diesem Tage und der am 24. Juli erfolgten Realcitation des Beklagten eine längere als dreimonatliche Frist, binnen welcher nach Maßgabe §. 79 der A. D. W. O. Regreßansprüche unter Verhältnissen der hier fraglichen Art verjähren, inneliegt, so verlangt Kläger, es habe die Klage a limine abgewiesen werden müssen. Dem würde, da bekanntlich in Sachsen der Grundsatz gilt, daß der Richter die Verjährung, wenn und so weit sie aus den Acten liquid hervorgeht, ex officio zu berücksichtigen hat, beizutreten gewesen sein, wenn die von dem Beklagten geltend gemachte Ansicht richtig wäre, daß die gegen den Aussteller und Indossanten laufende Verjährungsfrist von beziehentlich 3, 6 oder 18 Monaten in Zweifel ohne Unterschied vom Tage der Protesterhebung an zu berechnen sei. Es ist dieses jedoch eine Ansicht, welche durchaus irrig ist, insofern als Beklagter dasjenige, was in §. 78 der W. O. allerdings in dem Verhältnisse des Inhabers zu dem Aussteller und die übrigen Vordermänner gilt, ganz unstatthafter Weise auf Fälle der hier vorliegenden Art bezieht, wo es um Regreßansprüche des Indossanten sich handelt. Gegen Letzteren läuft vielmehr, wie am Schlusse des §. 79 mit deutlichen Worten gesagt ist, die Verjährungsfrist allererst vom Tage der Behändigung einer auf Rembourseleistung gegen ihn angestellten Klage und nur wenn er unerwartet einer solchen gezahlt hat, vom Tage der Zahlung an seinen Vordermann an. Je gewisser nun, was letzteren Fall anlangt, zu diesem Behufe vor allem eine Berechnung zwischen den, meistens an verschiedenen Orten wohnhaften, Betheiligten erforderlich ist, um so unwahrscheinlicher würde es sein, wenn man, wie Beklagter will, principiell den Tag der geleisteten Zahlung mit dem Tage der Protesterhebung identificiren wollte. Diese Unwahrscheinlichkeit aber vermehrt sich nothwendig in jedem einzelnen Falle in demselben Grade, je größer die Zahl der Vormänner ist, welche zwischen den letzten Inhaber des protestirten Wechsels und dem klagenden Indossanten inneliegt, weil, daß jeder der einzelnen Vormänner von der ihm zum Regresse gegebenen Frist nicht, bezüglich nicht vollständig Gebrauch gemacht haben werde, mindestens nicht präsumirt werden kann. Daß nun, so viel den vorliegenden Fall anlangt, Kläger bereits vor dem 24. April d. J. seinen unmittelbaren Vormann rembourstirt habe,

Digitized by Google

läßt sich nach alle dem an sich nicht und um so weniger bei der größeren Anzahl der zwischen ihm und dem letzten Inhaber des Accepts liegenden Zwischenpersonen und der Entfernung der Domicile derselben voraussetzen. Ebensowenig ist dieser Umstand, wie Beklagter glaubt, von dem Kläger eingeräumt worden, indem vielmehr von diesem etwas weiter nicht gesagt ist, als daß er spätestens am 9. April 1862 den Beklagten von der stattgefundenen Protestation benachrichtigt und zur Rembourseleistung aufgefordert habe, was recht füglich, ohne daß Kläger selbst schon seinen Vordermann rembourstirt zu haben brauchte, und schon aus dem Gesichtspunkte der Notification betrachtet (vergl. §. 45 der A. D. W. O.) geschehen sein kann. Unter diesen Umständen, und da also die Verjährung nichts weniger als liquid aus den Acten hervorgeht, konnte Beklagter die Abweisung der Klage offenbar nicht erwarten.

IV. Römisches und Sächsisches Civilrecht.

13.

Mehrere Bürgen für dieselbe Schuld haben an sich gegen einander nicht den Regreß.

II. Sen.-Erk. v. 4. Oct. 1862 no. 633/650.*)

Es entsteht allerdings der Zweifel, ob außer den Hauptschuldnern L. und T. auch die beiden Bürginnen, Klägerin und Beklagte, wirklich,

---

*) Der Beklagten Ehemann L. erborgte im Juli 1855 1300 Thlr. von G. gegen Bestellung einer Hypothek an dem ihm gehörigen Grundstücke Fol. 450 zu D. Hierbei verbürgte sich Beklagte für diese Schuld ihres Ehemannes. Im September 1855 veräußerte L. sein Grundstück an T. und überwies diesem die Hypothekenschuld der 1300 Thlr. in partem pretii non soluti. Im December dess. J. verbürgte sich Klägerin dem Gläubiger unter eventueller Verpfändung ihres Grundstückes Fol. 257 zu D., für T. für den nachmals eingetretenen Fall, daß T. seiner Zusage der Rückzahlung

Digitized by Google

wie die zweite Instanz angenommen hat, in einer passiven Correalobligation, in einer Identität der Obligation im strengen Sinne und nicht vielmehr in einem bloßen solidarischen Obligationsnexus stehen, bei welchem ein Zusammenhang der Verpflichtungen nur durch das zufällige Zusammentreffen in deren Objecte und in dem Umstande, daß durch die Zahlung des einen Interessenten die anderen befreit werden, begründet ist. Indessen kann eine weitere Erörterung dieses Zweifels für die vorliegende Regreßfrage als einflußlos dahingestellt bleiben, da, ganz abgesehen davon, daß Klägerin selbst die Existenz eines Correalschuldverhältnisses anscheinend bestreitet, aus ihm allein, wie die zweite Instanz richtig nachgewiesen hat, ein Moment für Aufrechthaltung des Anspruchs nicht zu entnehmen ist. Denn es kann gegenwärtig als theoretisch feststehend betrachtet werden,

vergl. die Literatur bei von Vangerow, Lehrb. der Pand. §. 573 Anm. 3 Bd. III., S. 77 fg.

daß außer dem Falle eines unter den Correalinteressenten durch Societät, Auftrag u. s. w. begründeten besonderen Rechtsverhältnisses weder der Correalgläubiger zu Mittheilung der von ihm erhobenen Zahlung an seine Mitgläubiger verbunden, noch der Correalschuldner

---

der 1300 Thlr. zum 15. März 1856 nicht Genüge leiste. G. cedirte sein Forderungs- und Unterpfandsrecht an St. und bei der Subhastation des Pfandstückes im Jahre 1858 ging die Hypothekenforderung St.'s leer aus. Klägerin überwies nun bei Veräußerung ihres Grundstücks Fol. 257 im Jahre 1858 an X. diesem die 1300 Thlr. Bürgschaftshypothek in partem prætii non soluti und nachdem St. in Folge dessen Zahlung erlangt, cedirte er seinen persönlichen Anspruch gegen L. (den ursprünglichen Erborger) an Klägerin dergestalt, daß dieselbe die Forderung der 1300 Thlr. c. ann. gegen L. geltend zu machen ꝛc. berechtigt sein solle. Nunmehr klagte Klägerin wider Beklagte (die Ehefrau L.'s) aus der Eingangs gedachten für ihren Ehemann übernommenen Bürgschaft. Allein es wurde die Klage in allen drei Instanzen i. d. a. M. abgewiesen, indem die Cession schon ihrem Wortlaute und Inhalte nach ihr kein Klagrecht gegen die Beklagte verschafft habe, aus den einschlagenden bürgschaftlichen Verhältnissen aber der Klägerin als Bürgin nicht ein Receßrecht gegen Beklagte als Bürgin erwachsen sei. Im Uebrigen wurde noch darauf hingewiesen, daß eine an sich denkbare actio neg. gest. contr. — welche jedoch nur zu antheiliger Erstattung des von Klägerin gezahlten führen könnte — schlüssig in keiner Weise fundirt sei.

Digitized by Google

den Ersatz des von ihm Gezahlten von seinen Mitschuldnern zu fordern befugt ist. Ein besonderes Rechtsverhältniß der vorgedachten Art ist aber hier nicht einmal behauptet, viel weniger urkundlich nachgewiesen, und es kommt daher die Entscheidung der Sache immer auf die Frage hinaus, ob Klägerin **ohne** vor oder bei der Befriedigung des Gläubigers erlangte oder vorbehaltene Cession, das Forderungsrecht des letzteren geltend zu machen berechtigt sei. Nun ist im Allgemeinen und abgesehen von dem concreten Falle die rechtliche Möglichkeit, das Klag- oder Forderungsrecht eines dritten in fremdem Interesse Befriedigten auch ohne wirkliche Uebertragung desselben für eigne Rechnung geltend zu machen, nicht zu bezweifeln. Schon im Justinianischen Rechte und noch mehr in der heutigen Anwendung desselben hat die Rechtsansicht praktische Geltung erlangt, daß die Weiterungen und Formen der wirklichen Cession des Klagrechts da, wo der Anspruch auf diese Cession rechtlich begründet ist, entbehrlich sind, daß die rechtlich erzwingbare Cession so behandelt wird, als ob sie wirklich geschehen wäre, und daß demzufolge der als Kläger oder Forderungsberechtigte ex jure tertii Auftretende zu der Geltendmachung des fremden Rechtes schon durch den Nachweis der Verpflichtung des ursprünglichen Rechtsinhabers zu der (fingirten) Cession legitimirt ist.

von Savigny, Obligationenrecht Bd. I. §. 23, S. 245 fg.
Puchta, Pandecten §. 281, S. 406.
von Vangerow, Lehrbuch der Pandecten §. 574, S. 113 sub 2.
Arndts, Pand. §. 255, S. 417.

Der Anwendung dieses Grundsatzes auf den Bürgen, welcher die Forderung des von ihm befriedigten Gläubigers ohne von demselben erhaltene Cession regrediendo geltend macht, steht auch der Einwand, daß durch die Zahlung die Forderung selbst erloschen, mithin eine, gleichviel ob wirkliche oder fingirte, Cession derselben überhaupt rechtlich undenkbar sei, nicht entgegen; denn das Gesetz

l. 36 D. de fidejuss. et mand. (46. 1.)

schließt das Erlöschen der Forderung durch die Fiction eines Forderungskaufes, vermöge dessen der Bürge den Betrag der verbürgten Schuld nur als Kaufpreis, qua emtor nominis, zahlt, aus und das fingirte Kaufsgeschäft als causa cessionis enthält zugleich die Legitimation des Bürgen als cessionarius ex lege. Allein wenn auch

Digitized by Google

nach diesen Grundsätzen die Regreßklage, welche der Bürge gegen den durch seine Zahlung liberirten Hauptschuldner erhebt, zu ihrer Begründung der Bezugnahme auf die Uebertragung der Rechte des Gläubigers nicht bedarf, so ist doch ein Gleiches nicht ohne Weiteres von dem hier vorliegenden Falle zu behaupten, in welchem es sich um den Regreß des Bürgen nicht gegen den Hauptschuldner, sondern gegen einen Mitbürgen handelt. Das Regreßrecht des Bürgen gegen den Mitbürgen ist bekanntlich in der Theorie bestritten,

vergl. v. Savigny, a. a. O. §. 25, S. 273 fg.

und dagegen

Girtanner, die Bürgschaft nach gemein. Civilr., S. 538 fg. Anm. 9.

und wie man auch die Stellen des römischen Rechtes, welche dasselbe theils absprechen

l. 39 D. de fidejuss. et mandat. (46. 1.)

l. 11 C. de fidejuss. (8. 40.)

§. 4 I. de fidejuss. (3. 20.)

theils anerkennen

l. 17, l. 36 D. de fidejuss. et mand.

auslegen, beziehentlich zu vereinigen suchen möge, eine klare und zweifellose positivrechtliche Sanction des Satzes, daß den Bürgen unter einander schlechthin und im Allgemeinen der Regreß zustehe, ist nicht nachzuweisen. Man kann dafür im Hauptwerke nur die allgemeinen Erwägungen geltend machen, auf welchen das Regreßrecht des Bürgen gegen den Hauptschuldner beruht, daß nämlich dem Ersteren die Restitution des für den Letzteren Gezahlten, behufs deren ihm, abgesehen von dem Falle der intercessio donandi animo, die actio mandati oder negotiorum gestorum contraria in der Regel ohnehin zusteht, gesichert und erleichtert werde durch Vermittelung des dem Gläubiger zuständigen Klagrechts, an dessen Zurückhaltung der Letztere ein rechtliches Interesse voraussetzlich nicht hat, und um so weniger haben kann, als er durch seine etwaige Weigerung den Hauptschuldner von dem Anspruche des Bürgen nicht gänzlich zu befreien vermag.

Girtanner, a. a. O., S. 537 fg.

Digitized by Google

Anders verhält es sich aber mit dem Regresse der Mitbürgen unter einander, welchen mit Hilfe der Fiction des Ueberganges der Klagrechte des Gläubigers nicht etwa ein schon zustehendes Klagrecht gesichert oder erleichtert, sondern allererst ein Klagrecht verschafft werden soll, da die allgemeine Voraussetzung einer den Bürgen gegen einander zustehenden actio mandati oder negotiorum gestorum offenbar eine gewaltsame sein würde. An sich und abgesehen von besonderen vertragsmäßigen Verhältnissen ist, wie die zweite Instanz richtig hervorhebt, davon auszugehen, daß die mehreren Bürgen derselben Schuld unter sich in gar keinem Rechtsverhältnisse stehen. Die allfällige Supposition eines solchen würde mit der vielfältigen Erfahrung des Verkehrslebens in Widerspruch treten, daß die mehreren Intercessionen für eine und dieselbe Schuld den verschiedensten Anlässen und rechtlichen Beziehungen ihre Entstehung verdanken, daß ferner die Mitbürgen, weit entfernt, stets in einem Vertragsnexus unter einander zu stehen, oft nicht einmal Kenntniß von der Existenz einer bürgerlichen Mitverpflichtung haben, daß endlich die unbedingte Voraussetzung, es habe der befriedigte Gläubiger kein rechtliches Interesse, seinen Beistand zu Ausklagung irgend eines der mehreren Intercedenten zu versagen, zu einer wesentlichen Benachtheiligung des Gläubigers selbst führen und möglicher Weise in seine speciellen Beziehungen zu dem einen oder anderen Mitbürgen geradezu störend eingreifen kann. Zwar mögen diese Erwägungen nicht in allen Fällen der Mitbürgschaft einschlagen, beziehentlich erkennbar hervortreten, und es kann zugegeben werden, daß nach den besonderen Umständen des concreten Falles, z. B. bei gleichzeitiger, gemeinsamer Contrahirung der Hauptschuld und der sämmtlichen, in Beziehung auf das Object und auf die Subjecte der Verpflichtung völlig gleichen Verbürgungen die Annahme eines auch unter den Bürgen begründeten Mandats- oder sonstigen Rechtsverhältnisses in ähnlicher Maße, wie in Ansehung der Bürgen zum Hauptschuldner, nichts Bedenkliches hat. Allein aus derartigen besonderen Verhältnissen kann das Regreßrecht der Bürgen unter einander als allgemeiner Grundsatz nicht abstrahirt, vielmehr muß als Regel angesehen werden, daß solches nur durch besondere unter den Bürgen bestehende Rechts- und Vertragsverhältnisse begründet wird. So lassen sich auch die anscheinend widersprechenden

Digitized by Google

Dispositionen des römischen Rechtes am Leichtesten vereinigen, und es folgt von selbst, daß da, wo ein solches besonderes Rechtsverhältniß nicht existirt, auch das Princip der fingirten Cession, da dasselbe eben nur die Sicherung und Erleichterung eines bestehenden Klagrechts bezweckt, nicht eingreifen kann. In solchen Fällen bedarf es vielmehr zu Vermittelung des Ueberganges der Klagrechte des Gläubigers einer wirklichen Cession, die als sog. cessio voluntaria vor oder bei der Befriedigung des Gläubigers erfolgt oder vorbehalten sein muß, weil außerdem die Zahlung Seiten des Bürgen lediglich in ihrer natürlichen rechtlichen Wirkung, als eine die Hauptschuld tilgende und damit die sämmtlichen Verpflichteten liberirende Thatsache erscheint. Einen solchen Fall hat auch die oben angezogene l. 17 D. de fidejuss. et mand. (verb. fidejussor qui solidum solvere paratus sit) im Auge, während sie im Uebrigen nur im Allgemeinen (succurri solet) den Anspruch des Bürgen auf die Uebertragung der Forderungsrechte des Gläubigers gegen die übrigen Bürgen anerkennt, was offenbar nicht einmal ausschließt, daß der Gläubiger zu der rechtzeitig verlangten Uebertragung dann nicht zu nöthigen sei, wenn seine specielle Beziehung zu den Mitbürgen oder ein sonstiges rechtliches Interesse ihn berechtigt, dieselbe zu verweigern.

Wendet man die vorstehend entwickelten Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so ist die Frage, ob der Klägerin an sich, abgesehen von einer Cession des Klagrechtes des Gläubigers St., ein Regreßanspruch gegen die Beklagte als Mitbürgin zustehe, zu verneinen. Das Sachverhältniß ergiebt, daß Klägerin, welche sich lediglich für den Mitschuldner T., in Beziehung auf die bereits eingetretene Zahlungspflicht des Letzteren, verbürgt hat, die actio mandati gegen L., mithin auch gegen die Beklagte, welche ihrerseits nur für Letzteren Bürgschaft geleistet hat, den Rechten nach, so viel aus den beigebrachten Urkunden zu ersehen ist, nicht hat.

14.

Ueber das Dispositionsrecht des Eigenthümers eines Grundstückes bezüglich der auf solchem entspringenden Quellen und Bäche. — Nichtanwendbarkeit des Ober-

Digitized by Google

amtspatents vom 18. August 1727 bei Streitigkeiten hierüber.

III. Sen.-Verordn. v. 18. Jan. 1862 no. 349 v. 1861.*)

Der früher von der Gemeinde H. gestellte und durch die Verordnung des Königl. Oberappellationsgerichts rechtskräftig zugewiesene Antrag, daß nach vorgängiger Localerörterung der Stadtgemeinde Z. bei Strafe untersagt werde, die auf ihrem Eigenthume befindliche s. g. Goldbachquelle an ihrem Ursprunge zu fassen und aus derselben den nöthigen Bedarf an Wasser mittels eiserner Röhren in die Stadt Z. zu leiten, ist von dem Impetranten, dem Mühlenbesitzer C. F. S. zu H., wiederholt worden, indem er behauptet, daß durch die beabsichtigte Ableitung des Quellwassers seiner Mühle der nöthige Wasserbedarf entzogen werde.

Das K. Oberappellationsgericht erachtet diesen Antrag aus denselben Rationen für unstatthaft, welche der Verordnung Bl. zu Grunde gelegt und in den Annalen des Oberappellationsgerichts Bd. 3, S. 401 fg. abgedruckt worden sind. Es genügt, auf diese Rationen zu verweisen, da dieselben factischen Verhältnisse, wie sie in der früheren Differenz berücksichtigt worden sind, jetzt noch vorliegen und die zweite Instanz die gedachten Gründe nur insoweit angefochten hat, als vom K. Oberappellationsgericht die Ansicht ausgesprochen worden ist, daß die Vorschriften des Oberamtspatents vom 18. August 1727 auf Streitigkeiten vorliegender Art nicht anzuwenden seien.

---

*) Nach dem in der in diesen Annalen Bd. III., S. 401 Nr. 46 mitgetheilten Rechtssache der Widerspruch der Gemeinde H. gegen die von der Stadtgemeinde Z. beabsichtigte Verwendung einer auf ihrem Territorium entspringenden Quelle zur Wasserversorgung der Stadt Z. in der dort ersichtlichen Maße erledigt war, nahm der Mühlenbesitzer S. in H. diesen Widerspruch auf. Die I^ma wies denselben unter Bezug auf den Ausspruch des OAG.'s zurück. Allein die II^da blieb bei ihrer früheren Ansicht, indem sie solche insbesondere auch durch Momente aus der Geschichte des Oberamtspatents vom 18. August 1727 zu stützen suchte. Das OAG. hielt jedoch seine frühere Meinung aufrecht. Aus den Gründen der diesfallsigen Verordnung erhellen zugleich die Motiven der II^da, welche darin des eingehenderen besprochen sind.

Digitized by Google

Das K. Appellationsgericht Budissin hat nämlich auf Grund der ihm zugänglichen landständischen Acten über die Verhandlungen, welche der Emanirung des nurerwähnten Oberamtspatents vorausgegangen sind, angeführt, daß zwar der Entwurf des gedachten Gesetzes keine Bestimmung über die Gewässer, die sich auf dem Grund und Boden von Privatpersonen befinden, enthalten habe, jedoch ein landständischer Beschluß dahin:

> „es solle loco congruo inserirt werden, wie diese Räumung nicht von denen Quellen und Bächen, so auf eines oder des andern Privati Grund und Boden sich fänden, zu verstehen sei, sobald aber dergleichen Wasser in die Flüsse und Bäche fielen, dürfte sich dererselben außer der erlaubten Zeit nicht bedienet werden",

gefaßt und dieser Beschluß in der Weise zur Ausführung gebracht worden sei, daß

a) der erste Theil jenes Beschlusses in dem Abschnitte des Patents, welcher von der Räumung der Flüsse und Bäche handelt, als §. XII. mit den Worten:

> „Wie aber hiervon die Quellen und Bäche, so auf derer Privatorum Grund und Boden sich befinden, ausgenommen und darunter nicht mit verstanden werden sollen",

eingeschaltet,

b) anlangend dagegen den zweiten Theil jenes Beschlusses, daß derjenigen Gewässer, so in die Flüsse und Bäche fallen, außer oberlaubter Zeit sich nicht zu bedienen sei, dem §. V. des Oberamtspatents folgende Fassung:

> „Und damit um so weniger jemand erhebliche Ursache haben möchte, den ordentlichen Lauf derer Bäche und anderer Wässer, obschon letztere erst nachdem in die Flüsse und Bäche fielen, auf obbeschriebene Maaße ausser der gewöhnlichen Zeit und ungebührlicher Weise zu hemmen", ꝛc.

gegeben worden sei, indem in dem früheren Entwurfe die Worte: „obschon letztere erst nachdem in die Flüsse und Bäche fielen" nicht enthalten gewesen seien.

Digitized by Google

Aus diesen Vorgängen folgert die zweite Instanz, daß der Eigenthümer des Grund und Bodens, worauf eine Quelle entspringe, welche in einen Fluß oder Bach falle, oder was offenbar gleich sei, einen Fluß oder Bach bilde, welche durch andere Grundstücke laufe, nicht berechtigt sei, über diese Quelle, wie über sein Eigenthum zu disponiren, sondern daß derselbe den beschränkenden Bestimmungen des Oberamtspatents vom 18. August 1727 unterworfen, und ihm daher insbesondere nach §. II. und IV. dieses Gesetzes untersagt sei, das Wasser einer solchen Quelle aufzuhalten, und aus seinem ordentlichen Laufe und Gange abzuleiten. Die vorige Instanz hat desbalb angenommen, daß die Stadtgemeinde Z. zufolge des Umstandes, daß die Goldbachquelle auf ihrem Grund und Boden sich befinde, nicht befugt sei, die vorher noch nicht bestandene Fassung der Goldbachquelle an ihrem Ursprunge und die Ableitung des Wassers derselben von dort nach der Stadt Z., mithin eine Aenderung des Wasserlaufs der Goldbachquelle eigenmächtig vorzunehmen, vielmehr Impetrant, als an der Goldbach unterwärts liegender Grundstücksbesitzer, verlangen könne, daß Impetratin der eigenmächtigen Fassung der Goldbachquelle an ihrem Ursprunge und der Ableitung des Wassers von dort nach Z. sich enthalte, und falls dies bereits ins Werk gesetzt worden, der frühere factische Zustand des Wasserlaufs von ihr wieder hergestellt werde, so lange nicht Impetratin nachweise, daß ihr ein besonderes erlangtes Befugniß auf die beabsichtigte Veränderung des Wasserlaufs der Goldbachquelle zur Seite stehe, oder daß durch diese Veränderung für den Impetranten irgend ein Nachtheil nicht erwachsen könne.

Dieser Ansicht vermag jedoch das K. Oberappellationsgericht aus folgenden Gründen nicht beizupflichten:

1.

Wie in dem Eingange des Oberamtspatents vom 18. Aug. 1727 erwähnt wird, ist die Absicht bei Erlassung des gedachten Gesetzes dahin gegangen, zu Beseitigung der Beschwerden wegen Erhöhung der Wehre und Fachbäume, ungebührlicher Hemmung des Wasserlaufs in den Flüssen und Bächen und gänzlicher Ableitung desselben auf eine hinlängliche Flußordnung bedacht zu sein, durch welche sowohl allen diesfalls besorglichen ferneren Zwistigkeiten vorgebeugt,

Digitized by Google

als auch den hierüber entstehenden Irrungen sonder Weitläuftigkeiten und Unkosten abgeholfen und das nöthige gute nachbarliche Vernehmen beibehalten werden möge. Die ausgesprochene Absicht aber, die Hemmung des Wasserlaufs in den Flüssen und Bächen und die Ableitung des Wassers aus denselben zu verhüten, und eine Flußordnung zu errichten, läßt die Willensmeinung des Gesetzgebers mit Deutlichkeit erkennen, daß die im Oberamtspatente enthaltenen gesetzlichen Bestimmungen sich nur auf die beständig fließenden Gewässer, d. i. auf diejenigen Gewässer beziehen, welche nachhaltigen Quellen entspringend, oder aus anderen Gewässern abgeleitet, in regelmäßigen Betten und zwischen Ufern in Rinnsalen in ununterbrochen dauernder Strömung dahin fließen, und je nach der Größe und Stärke ihres Wasserlaufs Ströme, Flüsse oder Bäche genannt werden. Es befindet sich daher nicht nur an der Spitze des Gesetzes die Vorschrift, daß ein Fluß oder Bach in seinen alten und ordentlichen Ufern gelassen werden soll, sondern das Oberamtspatent spricht auch in der Einleitung, sowie in §. I. II. III. IV. VI. VIII. X. und XI. wiederholt nur von Flüssen und Bächen.

Dagegen findet die Ansicht der vorigen Instanz, daß das oftgedachte Oberamtspatent auf alle das Wasserrecht betreffende Verhältnisse und insbesondere auch auf die Quellen und deren Benutzung Anwendung leide, weder in den dispositiven Bestimmungen des Gesetzes, noch in demjenigen, was von der zweiten Instanz über die Gründe, aus welchen die Einschaltung des §. XII. und der oben speciell hervorgehobenen Worte des §. V. in den ursprünglichen Gesetzentwurf erfolgt ist, angeführt wird, Unterstützung.

Denn die Vorschrift des §. XII. enthält eine zu Gunsten der Eigenthümer von Quellen getroffene Ausnahmebestimmung, welche offenbar den Zweck hat, jeder Mißdeutung vorzubeugen, als ob die im Patente den an fließende Wässer anstoßenden Grundbesitzern auferlegte Verpflichtung zur Räumung der Flüsse und Bäche sich auch auf die Quellen und Bäche, welche auf dem Grund und Boden eines Grundeigenthümers, auf dessen Areal sie entspringen, sich befänden, beziehe. Durch die gedachte Ausnahmebestimmung wird sogar das Recht des Eigenthümers, über seine Quellen frei zu verfügen, anerkannt, indem zufolge derselben der Grundbesitzer, obwohl er das auf

Digitized by Google

seiner Parcelle entstandene oder sich angesammelte Wasser in einer Wasserrinne auf ein unterhalb gelegenes fremdes Grundstück ablaufen läßt, nicht gezwungen werden kann, die Quellen und deren Abflüsse zum Besten seines Nachbars zu räumen. Nun hängt aber der Gebrauch der Quellen hauptsächlich davon ab, daß sie gehörig gereinigt werden.

l. 1 §. 7 D. de fonte (43. 22.):

„Nisi purgare et reficere fontem licuerit, nullus usus ejus erit."

Da in §. XII. der Willkür eines Eigenthümers anheim gestellt ist, ob er der Räumung seiner Quellen sich unterziehen wolle, so ist ihm zugleich die Möglichkeit gegeben, den Abfluß des Quellwassers auf das unterhalb gelegene Nachbargrundstück dadurch zu vereiteln, daß er den in der Quelle und deren Abflüssen aufgehäuften Schlamm und Sand, sowie die darin gewachsenen Pflanzen und Sträucher nicht entfernt, vielmehr die natürlichen Hindernisse, welche den Abfluß des Quellwassers erschweren oder wohl gar verhüten, fortbestehen läßt. Ebensowenig läßt sich aus dem Umstande, daß der §. XII. des Oberamtspatents sich lediglich auf das Räumen der Quellen bezieht, welche sofort nach ihrem Ursprunge einen Bach bilden, die Bl. aufgestellte Schlußfolgerung rechtfertigen, daß der Eigenthümer nicht berechtigt sei, über diese auf seinem Grund und Boden befindlichen Wässer, wie über sein Eigenthum zu disponiren. Denn ganz abgesehen von den allgemeinen Bedenken, welche gegen dergleichen argumenta e contrario gelten, hat das Oberamtspatent keineswegs den Zweck, die allgemeinen Rechtsgrundsätze über die Befugnisse eines Quelleneigenthümers aufzuheben, sondern es soll §. XII. nur dazu dienen, die Controverse zu beseitigen, ob dem Eigenthümer der Quellen und deren Abflüsse dem untern Grundstücksbesitzer gegenüber eine Räumungsverbindlichkeit, mithin eine obligatio ad faciendum in ähnlicher Weise, wie solche dem höheren Grundstücksbesitzer in Betreff eines Grabens, durch welchen Wasser auf das niedere Grundstück abfließt, in l. 2 §. 4 D. de aqua et a. p. arc. (39. 3.) auferlegt worden ist,

Pagenstecher, die Lehre vom Eigenthume Abth. 1, S. 126 und 127.

obliege.

Digitized by Google

2.

Wichtiger ist anscheinend das aus der oben erwähnten Einschaltung im §. V. des Oberamtspatents entnommene Argument der vorigen Instanz. Dasselbe verliert jedoch jedes Gewicht, wenn man die rechtliche Natur einer Quelle an derjenigen Stelle des Grund und Bodens, auf welcher dieselbe mit dem in ihr sich stets neu erzeugenden Wasservorrath zu Tage tritt, und die rechtliche Natur des aus der Quelle fortfließenden und einen Bach bildenden Wassers genau unterscheidet. An der Stelle nämlich, wo die Quelle aus dem Boden springt, hat der Herr des Grund und Bodens ein unentziehbares Privateigenthum über das hervorquellende, eine Pertinenz des Grundstücks bildende Gewässer, welches nur insofern nicht völlig gesichert ist, als den benachbarten Grundstücksbesitzern freisteht, die Adern der Quelle selbst für ihre Brunnen zu benutzen, oder bei Gelegenheiten von Bauten und anderen Erdarbeiten zu durchstechen oder zu verschütten, und dadurch das Versiechen der Quelle herbeizuführen. So lange nun das Wasser sich noch in der Quelle oder in dem Brunnen befindet, steht dem Grundeigenthümer im Zweifel, und sofern ihm durch Servituten keine Beschränkung auferlegt worden ist, frei, seine Herrschaft über das Quell- und Brunnenwasser geltend zu machen, dasselbe zurückzuhalten und zu fassen, und nach Belieben für seine eigenen Zwecke zu benutzen oder den Gebrauch desselben dritten Personen einzuräumen.

Elver's Recht des Wasserlaufs. (Göttingen, 1841.) §. 2, S. 4 fg.
Pagenstecher, a. a. O., S. 129.

Zweifelhafter ist die Frage, ob dem Grundeigenthümer, welcher sich des Quellwassers nicht in der Quelle selbst bemächtigt hat, sondern dasselbe von der Quelle aus in einer Wasserrinne zwischen Ufern ablaufen läßt, und dasselbe nunmehr aus dem auf diese Weise gebildeten Bache innerhalb seines Besitzthums ableiten will, ein gleiches unbeschränktes Dispositionsbefugniß zusteht. Nach der gewöhnlichen, in den

Annalen des K. Oberappellationsgerichts Bd. 3, S. 402.

angenommenen Meinung werden Quellen und deren Abflüsse, selbst wenn solche sofort von ihrem Ursprunge an einen Bach bilden, so lange sie sich innerhalb der Grenzen des Grundstücks, auf welchem sie

Digitized by Google

entstehen, befinden, als Zubehör des Grundstücks selbst angesehen, über welches dem Eigenthümer ein völlig freies Verfügungsrecht zusteht. Dagegen rechnen andere Rechtslehrer Abflüsse beständiger Quellen, welche zwischen Ufern in regelmäßigen Betten abfließen, zu den fließenden Wässern (aqua profluens), welche zufolge der

l. 2 D. de div. rer. (1. 8.)

§. 1 J. de rerum divis. (2. 1.)

außer Luft und Meer zu denjenigen Dingen gehören, die nach natürlichem Rechte für die Benutzung aller Menschen gemeinsam sein sollen, und an welchen daher dem angrenzenden Grundstücksbesitzer nur ein in der Art beschränktes Nutzungsrecht zusteht, daß das Nutzungsrecht der übrigen Angrenzer nicht beeinträchtigt wird, indem jene Rechtslehrer von der Ansicht ausgehen, daß der Quellenbesitzer durch den zufälligen Umstand, daß er unterhalb der Quelle Grundstücke besitzt, durch welche der einen Bach bildende Abfluß der Quelle durchfließt, ein besseres Recht als andere Grundeigenthümer, deren Parcellen von dem Bache berührt werden, nicht erlangen kann.

Börner, im Archive für civil. Praxis Bd. 38, S. 150 fg., insbes. S. 164 fg., 173 fg. und S. 377 Nota 15.

Pagenstecher, a. a. O., S. 130.

Was nun den §. V. des Oberamtspatents vom 18. Aug. 1727 anlangt, so sind daselbst keineswegs die Quellen erwähnt, sondern nur die Bäche und andere Wässer, welche nachdem in Bäche und Flüsse fallen, zusammengestellt worden. Unter diesen andern Wässern kann man aber nach dem ganzen Zusammenhange des Gesetzes nur fließende Wässer und Wasserläufe, welche durch Grundstücke durchfließen, verstehen, zumal im Eingange desselben §. des ordentlichen Laufes der Bäche und anderer Wässer, mithin des regelmäßigen Laufes der Wasserwelle innerhalb der Ufer, gedacht, und am Schlusse die Bäche und andere Wässer den Flüssen und Bächen, welche innerhalb der geordneten Zeit zur Bewässerung benutzt werden können, gleichgestellt werden. Hiernächst ergiebt sich aus den Vl. — fg. zusammengestellten landständischen Verhandlungen keineswegs die Absicht der Stände, daß dem Quelleneigenthümer das Dispositionsbefugniß über das Quellwasser an der Stelle, wo dasselbe aus dem Boden hervorquillt, habe entzogen werden sollen, indem in den sämmtlichen An-

Digitized by Google

trägen Bl. — und Bl. — ausdrücklich zwischen den „Quellen und Brüchen“ und „dergleichen Wasser, welches in die Bäche und Flüsse fällt“, unterschieden und nur in Betreff der letzteren Gewässer der Wunsch, daß die Benutzung derselben außerhalb der erlaubten Zeit untersagt werde, zu erkennen gegeben worden ist, unter dergleichen Wässern aber, welche in die Flüsse und Bäche fallen, nach der Ansicht des Oberappellationsgerichts nicht die Quellen und Brüche selbst, sondern nur das von ihnen abfließende Wasser zu verstehen sind. Sollte aber selbst bei jenen landständischen Verhandlungen die Absicht verfolgt worden sein, den Eigenthümern der Quellen und Brüche das freie Benutzungsrecht über das in den Quellen und Brüchen selbst enthaltene Wasser zu entziehen, so würde jedenfalls diese Absicht bei der Redaction des Oberamtspatents aufgegeben, oder wenigstens nicht zur Ausführung gebracht worden sein. Dies ergiebt sich unzweifelhaft daraus, daß man im §. V. des Gesetzes die im landständischen Antrage gebrauchten Worte: „Quellen und Brüche“ gänzlich vermieden und die nachträglich aufgenommenen Worte:

> „und andere Wässer, obschon letztere erst nachdem in die Flüsse und Bäche fielen,

mit den übrigen Dispositionen des Gesetzes in einen solchen Zusammenhang gebracht hat, daß hierunter nach der Ansicht des Königl. Oberappellationsgerichts nur fließende Wässer zu verstehen sind. Dagegen erscheint zweifelhaft, ob nicht die Willensmeinung des Gesetzgebers bei Aufnahme jener Worte dahin gerichtet gewesen sei, daß zu den fließenden Wässern und Wasserläufen, von welchen das Oberamtspatent vom 18. August 1727 handelt, die Abflüsse der Quellen, welche in einem regelmäßigen Wasserbette durch die Besitzungen des Quelleneigenthümers abfließen, gerechnet werden sollen. Auf diese Frage einzugehen, liegt jedoch keine Veranlassung vor, da der Stadtrath zu Z. die Quelle an ihrem Ursprunge und nicht das davon im sogenannten Goldbache abfließende Wasser innerhalb der Ufer desselben zu hemmen und abzuleiten beabsichtigt.

3.

Ferner bezieht sich die vorige Instanz zu Rechtfertigung ihrer Ansicht, daß der Eigenthümer einer Quelle, deren Abfluß einen Bach

Digitized by Google

bilde, das in der Quelle befindliche Wasser nicht aufhalten und ableiten dürfe, darauf, daß außerdem das Bestehen der Bäche und Flüsse leicht gefährdet werden könne, indem in dem Falle, daß alle Eigenthümer von Quellen, welche in einen Fluß fließen, das Quellwasser ableiten und zu ihren Zwecken benutzen sollten, dem Flusse aller Wasserzufluß entzogen, und der Strom von seinem Ursprunge an versiechen würde. Allein dieses Argument würde theils auch auf andere erlaubte Benutzungen von fließenden Gewässern, durch welche die Wasserquantität verzehrt, und für alle unterhalb gelegenen Grundstücke bis zur Ausmündung des Flusses vermindert wird, z. B. Ausschöpfen, Viehtränken u. s. w., Anwendung leiden, theils beruht dasselbe auf der Annahme einer bloßen Möglichkeit, welche mit Rücksicht darauf, daß ein Fluß durch viele Wasserzugänge gebildet wird, nicht eintreten wird. Sollte aber selbst eine Privatquelle so ergiebig sein, daß sie ein benachbartes Dorf mit dem nöthigen Wasserbedarfe versorgt, so kann dieser Umstand, so lange nicht die Bewohner des Dorfes ein Befugniß auf ungehinderten Gebrauch der Quelle erlangt haben, das Dispositionsbefugniß des Eigenthümers über die Quelle nicht aufheben, indem im gemeinen Rechte eine ähnliche Vorschrift, wie solche im französischen Rechte im Code civil, art. 643, nach welcher der Eigenthümer ausnahmsweise die Ableitung des auf seinem Grundstücke entspringenden Quellwassers gegen eine ihm zu gewährende Entschädigung dann unterlassen muß, wenn die Quelle einer Gemeinde oder einem Dorfe den nöthigen Wasserbedarf verschafft, enthalten ist, nicht existirt.

4.

In Sachsen ist man seit längerer Zeit mit legislatorischen Arbeiten beschäftigt, um die Art und Weise der Benutzung der fließenden Wässer gesetzlich zu regeln. Obwohl nun die deshalb bekannt gemachten Gesetzentwürfe, welche mit Ausnahme des Gesetzes vom 15. August 1855, die Berichtigung von Wasserläufen und die Ausführung von Ent- und Bewässerungsanlagen betreffend, keine gesetzliche Sanction erlangt haben, zunächst den Zweck verfolgen, die engen Grenzen, welche durch das gemeine Recht für die Benutzung der fließenden Wässer gezogen sind, im Interesse des Ackerbaues und der Industrie zu erweitern, so sind dennoch dieselben für den vorliegenden

Digitized by Google

Zweck deshalb von Wichtigkeit, weil in ihnen nicht nur das zeitherige Recht in Betreff der Quellen anerkannt, sondern auch die Absicht, dieses Recht, obwohl mit einer die Ableitung des Quellwassers in ein anderes Wassergebiet betreffenden Modification fernerhin fortbestehen zu lassen, zu erkennen gegeben worden ist. Namentlich sind in dem den Ständen mittelst Decrets vom 27. October 1845 vorgelegten, mittels besonderen Abdrucks zur öffentlichen Kenntniß gebrachten, aber nicht zur ständischen Berathung gediehenen Gesetzentwurfe über die Benutzung der fließenden Wässer folgende Bestimmungen aufgenommen worden:

§. 4. Das Wasser, welches in Teichen, Cisternen, Brunnen und Hältern sich befindet, oder durch natürliche Beschaffenheit des Orts sich sammelt, ist im Privateigenthum.

§. 5. Quellen, so weit nicht besondere Regalitätsverhältnisse eintreten, sind dem Verfügungsrecht des Grundeigenthümers überlassen.

§. 6. Auch die Abflüsse der in §. 4 und 5 genannten Gewässer theilen deren rechtliche Eigenschaft, so lange sie auf dem Grund und Boden des Eigenthümers der Teiche, Cisternen, Brunnen, Hälter und Quellorte fließen. Sollten jedoch dieselben in ein anderes Wassergebiet, als wohin ihr natürlicher Lauf geht, geleitet werden, so kann dies nur mit Genehmigung der Staatsbehörde geschehen.

§. 65. Jedem Eigenthümer ist gestattet, zu Ableitung des auf seinem Grundstücke entspringenden und sich sammelnden Wassers (Quellen, Gallen u. s. w.), insoweit nicht polizeiliche Bedenken, oder gegen ihn erworbene Rechte Anderer entgegentreten, oder der Abfluß in ein anderes Wassergebiet geleitet wird, die nöthigen Vorkehrungen zu treffen.

indem in den beigegebenen Motiven zu Rechtfertigung dieser Bestimmungen wörtlich Folgendes gesagt wird:

„Die in §. 4, 5 und 6 genannten Gewässer sind im Privateigenthum, sie gehören nicht zu den fließenden Wässern und werden mit dem Grundstücke, auf welchem sie sich befinden, mit vollem Rechte als Gegenstände des Besitzes und daher des Eigenthums betrachtet. Nur so weit, als der Staat

Digitized by Google

die eine oder andere Art von Quellen als Regal erklärt hätte, wie z. B. Salzquellen, tritt eine Ausnahme dieses Princips ein.

Die Abflüsse der Quellen, Teiche ꝛc. gehören zwar, so viel ihr thatsächliches Wesen betrifft, zu den fließenden Wässern, allein die völlig freie Disposition über die Quelle oder die Wasserſammlung selbst muß nothwendig auch das Verfügungsrecht über den Abfluß mit sich bringen, so lange dieser nur noch den Boden des Grundeigenthümers berührt, und also irgend einem im Privateigenthume sich nicht befindenden fließenden Wasser noch nicht angehört. Nur für den Fall, daß die Ableitung solchen der Disposition anheim fallenden Wassers in ein anderes als das zur Aufnahme des natürlichen Abflusses bestimmte Wassergebiet geschehen soll, ist eine Einwirkung der Behörde vorbehalten worden, weil allerdings Fälle vorkommen können, wo durch Ableitung einer Quelle, deren Mächtigkeit eine völlige Entziehung nicht zuläßt, die Verhältnisse eines fließenden Wassers zum größten Nachtheile der Gegend oder der Betheiligten geändert werden können. Obgleich die Disposition über das Quellwasser unbeschränkt bleiben muß und völlige Entziehung des Abflusses aus der Quelle selbst nicht gehindert werden mag, so läßt sich doch aus allgemeinen wasserpolizeilichen Gründen die Vorschrift des Paragraphen rechtfertigen, weil die völlige Entziehung des Quellwassers, z. B. durch Fassung der Quelle, bei weniger bedeutenden Quellen vorkommen wird, bei sehr wasserreichen Quellen aber die völlige Veränderung der durch die Natur gebotenen Abflußverhältnisse zu den die gewöhnliche Lage der Dinge überschreitenden Vorkommnissen gehört."

Landtagsacten vom Jahre 1845/46. Abthl. 1, Bd. 2, S. 701 fg.

Kritz, zu dem Entwurfe eines Gesetzes, die Benutzung der fließenden Wässer betr. (Leipzig. 1847), S. 30 fg., 38, 43, 93 fg.

Ferner war in §. 27 des den Ständen mittelst Decrets vom 25. April 1855 vorgelegten Gesetzentwurfs, die Berichtigung von

Digitized by Google

Wasserläufen und die Ausführung von Ent- und Bewässerungsanlagen betreffend, folgende Bestimmung:

> Jeder Grundeigenthümer ist berechtigt, durch Ent- oder Bewässerung die Feuchtigkeitsverhältnisse seines eigenen Grundstücks zu verändern. Dem Eigenthümer benachbarter Grundstücke steht, auch wenn dadurch zugleich die Feuchtigkeit der Letzteren vermindert oder ohne unmittelbares Ueberfließen vermehrt wird, ein Recht, der Ent- oder Bewässerung zu widersprechen, nur insoweit zu, als durch die Veränderung der Feuchtigkeitsverhältnisse des ent- oder bewässerten Grundstücks eine dem fremden Nachbargrundstücke zustehende Dienstbarkeit beeinträchtigt wird,

aufgenommen,

Landtagsacten vom Jahre 1854/55. Abth. 1, S. 525.

und zu Motivirung dieser Disposition Folgendes gesagt worden:

> „In Betreff der nicht unbestrittenen Frage, ob ein Grundstücksbesitzer berechtigt sei, auf seinem Grundstücke die natürliche Feuchtigkeit beliebig zu vermindern oder zu vermehren, wenn dadurch zugleich das Feuchtigkeitsverhältniß anderer Grundstücke verändert werde, hat man sich für Anerkennung der natürlichen Freiheit entschieden und damit ausgesprochen, daß z. B. das Versiechen eines Brunnens in Folge einer Entwässerung dem Eigenthümer des Ersteren, oder die aus der natürlichen Aufsaugung entstehende Vermehrung der Feuchtigkeit auf einem Grundstücke in Folge der Bewässerung des Nachbargrundstücks dem Eigenthümer des Ersteren keinen Grund zum Widerspruch gewähren soll. Es wird dadurch die Wirkung der sogenannten vetustas auch in allen Fällen, in welchen dieselbe zeither von einigen Rechtslehrern noch anerkannt wurde, aufgehoben. Dagegen verstand es sich von selbst, daß einer Seits das directe Ueberführen von Wasser auf fremde Grundstücke, so lange dazu nicht ein Recht besonders erworben worden ist, als unzulässig zu bezeichnen, und anderer Seits Dienstbarkeiten, welche etwa durch Ver-

Digitized by Google

änderung des Feuchtigkeitsverhältnisses beeinträchtigt werden sollten, zu schützen waren."

Landtagsacten vom Jahre 1854/55. Abth. 1, S. 543.

Der nurgedachte §. 27 des Gesetzentwurfs ist in das Gesetz vom 15. August 1855 über die Berichtigung von Wasserläufen und der Ausführung von Ent- und Bewässerungsanlagen (G. u. V.Bl., S. 483 fg.) auf Antrag der Deputation der zweiten Kammer nicht aufgenommen worden, indem die gedachte Deputation bemerkte: „Der §. 27 des Entwurfs solle, wie auch aus den Motiven hervorgehe, die hier besonders einschlagenden Grundsätze des Privatrechts in möglichst gedrängter Kürze zusammenstellen. Ganz abgesehen von der Frage, ob die Fassung diesem Zwecke hinsichtlich ihrer Deutlichkeit vollkommen entspreche, gehe der Deputation das Bedenken bei, daß auf diese Weise leicht dem bürgerlichen Gesetzbuche vorgegriffen werden könnte. Hiernächst fände man es in materieller Beziehung nicht gerechtfertigt, daß nach der Schlußbestimmung gewisse Dienstbarkeiten höher gestellt werden sollen, als das Eigenthum, indem nur unter bestimmten Voraussetzungen Expropriation des Grund und Bodens eintreten könne, Dienbarkeiten der gedachten Art und Weise aber ein unbedingtes Widerspruchsrecht gegen Ausführung von Ent- und Bewässerungsanlagen begründen würden."

Landtagsacten v. J. 1854/55, Beilagen zu den Protocollen der 2. Kammer Bd. 1, S. 317.

Endlich unterscheidet auch der neueste Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen zwischen den auf Privatgrundstücken entstehenden und befindlichen Wässern und dem Wasserlaufe oder fließenden Gewässern, indem nach §. 364 *) Jedem gestattet sein soll, auf seinem Grund und Boden Brunnen anzulegen, wenn gleich dem Nachbar dadurch das Wasser entzogen wird, nicht minder auf seinem Grund und Boden Veränderungen, welche die Erhöhung der Nutzbarkeit desselben bezwecken, selbst dann vorzunehmen, wenn sie nicht ohne Einfluß auf die Feuchtigkeitsverhältnisse benachbarter Grundstücke sind, wogegen die §§. 365, 366 und 367*) vom Wasserlaufe handeln.

*) Im BGB. vom 2. Jan. 1863 §§. 353—356.

Digitized by Google

5.

Da aus vorstehenden Gründen nach der Absicht des K. Oberappellationsgerichts das Oberamtspatent vom 18. August 1727 überhaupt nicht auf die vorliegende Differenz Anwendung leidet, so bedarf es weder eines speciellen Eingehens auf die Folgerungen, welche die vorige Instanz nach Bl. — fg. unter 4 und Bl. — fg. aus dem gedachten Oberamtspatente abgeleitet hat, noch auf denjenigen Theil der Rationen Bl. — fg. unter 2 und Bl. — fg. unter 5, welche sich mit der Interpretation des im genannten Gesetze gebrauchten Ausdrucks „Grundherr", sowie mit dem prozessualischen Verfahren, welches zufolge des Oberamtspatents einzuschlagen ist, beschäftigt, zumal das K. Oberappellationsgericht, was den letzteren Punkt anlangt, seine Ansichten in Betreff der Prozeßart bei Wasserstreitigkeiten in der Oberlausitz bereits früher

in den Annalen Bd. II., S. 346 fg.

entwickelt hat. Nicht minder gehört die Frage, ob auf die gegenwärtige Differenz die Vorschriften des Gesetzes vom 15. Aug. 1855, die Berichtigung der Wasserläufe ꝛc. betreffend, anzuwenden seien, ingleichen, ob gegen die Ableitung des Wassers von der Quelle aus nach der Stadt Z. aus allgemeinen wasserpolizeilichen Gründen ein Bedenken vorliege, zur Cognition der Verwaltungsbehörde, und hat derselben auch bereits nach Bl. — fg. und — fg. unterlegen.

Wenn nun Impetrant nach Bl. — wegen eines auf die ungestörte Benutzung des Wassers der Goldbach ihm angeblich zustehenden Befugnisses Ordinarklage gegen die Impetratin erhoben hat, so hängt die Erledigung des Streites von dem Ausgange dieses im Ordinarprozesse zu verhandelnden Rechtsstreites ab, wogegen es zur Zeit an ausreichenden Momenten fehlt, um mit vom Impetranten beantragten inhibitorischen Maßregeln gegen die Impetratin einzugehen.

15.

Servitus necessaria — Geltendmachung.

II. Sen.-Erk. v. 16. Septbr. 1862 no. 654/596.

Um Jemanden zur Uebernahme einer Dienstbarkeit auf seinem Grundstücke zu nöthigen, ist der gewöhnliche Rechtsweg mittelst An-

Digitized by Google

stellung der Confessorienklage nicht der geeignete, weil dieser nur zur Verfolgung eines bereits bestehenden, nicht aber zum Zwecke der Bestellung eines neuen Rechtes gebraucht werden kann.

L. 8 §. 4 Dig. si serv. vind. (8. 5.)

L. 12 pr. Dig. de relig. (11. 7.)

Vielmehr hat derjenige, welcher die Constituirung einer solchen nothwendigen Dienstbarkeit verlangt, sich zu dem Ende einer besonderen Imploration zu bedienen, worin er den Richter angeht, Amtshalber die Sache zu erörtern, die zu gewährende Entschädigung zu ermitteln und festzustellen und darnach ihm die beanspruchte Servitut zu adjudiciren. Nun ist allerdings hier nicht confessorisch geklagt, sondern Beklagter mit der Negatorienklage belangt und dieser will gegen dieselbe unter Andern auch durch die Berufung auf die Nothwendigkeit der fraglichen Dienstbarkeit sich vertheidigen. Allein, auch angenommen, es wären alle diejenigen thatsächlichen Voraussetzungen vorhanden, welche erforderlich sein würden, wenn dem Beklagten die beanspruchte Servitut als nothwendig für die Zukunft gestattet werden sollte, so würde damit doch immer die Eigenmächtigkeit, mit welcher Beklagter seither über das Grundstück des Klägers gefahren, nicht gerechtfertigt sein und schon dies hinreichenden Grund abgeben, dem betreffenden Anführen des Beklagten in diesem Prozesse die Beachtung zu versagen.

Zwar hat man zuweilen, wiewohl nur in seltenen Fällen, in der Erwägung, daß die behauptete Nothwendigkeit dem Beklagten in Zukunft wenigstens zu dem beanspruchten Rechte verhelfen kann, und in der Absicht, künftigen Weiterungen vorzubeugen, auch im Negatorienprozesse auf Beweis der behaupteten Nothwendigkeit interloquirt. Allein immer ist dies nur ausnahmsweise und nur dann geschehen, wenn Beklagter schon im Verfahren solche factische Umstände genügend angeführt hatte, welche als geeignet angesehen werden mußten, den Antrag auf Constituirung der nothwendigen Dienstbarkeit zu begründen. Daß im vorliegenden Falle das bezügliche Anführen des Beklagten nicht als genügend angesehen werden könne, hat die zweite Instanz sattsam gezeigt und nach dem Allen hat die dermalige Berufung des Beklagten zu der von ihm beantragten reformatoria nicht führen können.

Digitized by Google

16.

Einfluß der Grundsätze über Nichtvindicabilität von Staatspapieren ꝛc. auf das Rechtsverhältniß zwischen dem ersten Pfandschuldner und dem Afterpfandgläubiger.

II. Sen.-Erk. v. 4. Septbr. 1862 no. 508/557.

An sich steht allerdings dem Pfandgläubiger frei, das ihm von seinem Schuldner bestellte Pfand anderweit zu verpfänden, und es tritt dann der Afterpfandgläubiger in das Befugniß ein, das Pfandrecht des Afterverpfänders für diesen auszuüben. Sein Recht dauert aber nur so lange, als das Pfandverhältniß zwischen dem Afterverpfänder und dem ursprünglichen Pfandgeber besteht.

l. 13 §. 2 D. de pignor. (20. 1.)

l. 1 C. si pignus pignori (8. 24.)

Zahlt daher der Letztere die Schuld, für welche er das Pfand bestellt hatte, so ist er auch berechtigt, das Pfand von dem Afterpfandgläubiger zurück zu fordern.

l. 2 C. l. c.

und dieser kann die Rückgabe des Pfandes nicht deshalb verweigern, weil der dem Afterverpfänder von ihm gewährte Pfandschilling etwa mehr betrug, als diejenige Forderung, für welche der ursprüngliche Pfandgeber die Sache dem Afterverpfänder verpfändete. Vielmehr würde der Afterpfandgläubiger wegen dieses etwaigen Mehrbetrages sich nur an den Afterverpfänder halten können. Auch im vorliegenden Falle würden daher diejenigen Personen, welche gegen unterpfändliche Einsetzung von Werthpapieren Darlehne bei dem Gemeinschuldner entnahmen, an sich berechtigt gewesen sein, die von ihnen dem Gemeinschuldner verpfändeten Papiere gegen Berichtigung dessen, was sie dem Letzteren schuldeten, zurück zu fordern und die verw. B., als Rechtsnachfolgerin des Afterpfandgläubigers, hätte nur das Recht, nach dem Betrage dessen, was von den ursprünglichen Verpfändern zum Concursdepositum einzuzahlen war, prioritätische Befriedigung zu beanspruchen, dafern ihr nicht den Vindicanten gegenüber die Bestimmungen des Gesetzes, die Ausschließung der auf jeden Inhaber lautenden Creditpapiere von der Vindication betreffend, vom 8. Juni 1846 zur Seite ständen. Denn nach §. 1 dieses Gesetzes können alle öffentlichen, auf den Inhaber lauten-

Digitized by Google

den Creditpapiere von dem Eigenthümer oder Pfandinhaber, welchem sie abhanden gekommen, durch die Vindication oder andere dingliche Klage aus den Händen des dritten redlichen Besitzers nicht zurückgefordert werden, und diese Bestimmung, welche, wie schon in voriger Instanz bemerkt worden, die möglichste Sicherstellung des Verkehrs mit solchen Papieren zum Zwecke hat, kommt dem dritten redlichen Besitzer nicht blos demjenigen gegenüber, welchem solche Papiere durch Entwendung oder auf betrügliche Weise ohne sein Wollen und Wissen entzogen worden, sondern wie sich namentlich auch aus §. 5 ergiebt, gegen alle die Personen zu Statten, denen derartige Papiere auf irgend eine Art abhanden gekommen. Unter solchen Personen hat man aber auch diejenigen zu zählen, deren öffentliche, auf den Inhaber lautende Creditpapiere, nachdem sie solche einem Anderen als Pfand übergeben hatten, von dem Pfandnehmer anderweit verpfändet und einem Dritten überlassen worden sind, indem auch in einem solchen Falle davon, daß ihnen jene, ohne ihr Vorwissen an eine dritte Person gelangten, Papiere abhanden gekommen seien, mit vollem Recht gesprochen werden kann. Auf Grund dieser gesetzlichen Bestimmungen würde demnach die verw. B. nicht als verpflichtet erachtet werden können, den Vindicanten gegenüber sich unbedingt mit Zahlung desjenigen zu begnügen, was Letztere dem Gemeinschuldner als Pfandschilling zu gewähren hatten, sondern sie kann beanspruchen, daß, wenn ihr Erblasser dem verstorbenen Gemeinschuldner auf die ihm von diesem verpfändeten Papiere dritter Personen mehr gewährte, als die Letzteren von dem Gemeinschuldner empfingen, sie aus dem Erlös der betreffenden Papiere nach Höhe des ganzen Betrages ihrer jedesmal in Frage kommenden Forderung prioritätisch befriedigt werde. Nur dann würde hiervon eine Ausnahme einzutreten und die verw. B. aus dem Erlös der in Rede stehenden Papiere nur nach Höhe der dem verstorbenen Gemeinschuldner und nunmehr der Gläubigerschaft gegen die einzelnen Pfandgeber zustehenden Forderungen Befriedigung ihrer die Letzteren übersteigenden Ansprüche zu verlangen haben, wenn ihr Erblasser bei dem Erwerb jener Papiere sich nicht in gutem Glauben befunden hätte. Daß dieses in der That nicht der Fall gewesen sei, ist nun auch von den Vindicanten R. und W. ausdrücklich behauptet worden, und ist auch die thatsächliche Begründung dieser Behauptungen

Digitized by Google

zur Zeit nur eine mangelhafte geblieben, so erschien es doch, namentlich auch bei der milderen Beurtheilung, welche die Schlüssigkeit peremtorischer Einreden zu finden hat, unthunlich, den genannten Vindicanten die weitere Ausführung ihres Vorbringens, welches sie allerdings künftighin noch genügender zu substantiiren haben werden, abzuschneiden.

17.

Das testamentum agnatione posthumi ruptum kann nicht durch bedingte Agnitionserklärungen des verletzten Notherben aufrecht erhalten werden, welche keinen wirklichen Verzicht auf das durch Präterition erlangte Recht auf Rescission des Testaments enthalten.

II. Sen.-Erk. v. 23. Juni 1862 no. 260/269.*)

Die vorigen Instanzen haben bei Entscheidung der vorliegenden Rechtsfrage:

---

*) C. H. Z. starb am 9. Febr. 1858 mit Hinterlassung eines drei Tage zuvor errichteten Testaments. Darin waren eingesetzt als Erben: a) seine Wittwe (zweiter Ehe), b) zwei Kinder erster Ehe, c) ein Sohn zweiter Ehe (Felix Z.). Diesem war ein Viertheil, den Kindern erster Ehe der Pflichttheil, der Wittwe das Uebrige beschieden. Außerdem enthielt das Testament einige Legate und die Codicillarclausel. Bald nach Publication des Testaments erklärte die Wittwe ihre Schwangerschaft und sie wurde am 3. Octbr. 1858 von einer posthuma entbunden. In einem Nachlaßverhör verlangte die Wittwe Aufrechterhaltung des Testaments, jedoch so, daß Felix und die posthuma das gesetzliche Erbtheil unter Beitrag zu den Legaten erhielten. Dagegen beanspruchten die Vormünder der Kinder erster Ehe und die posthuma volle Intestaterbportion. Als die Differenz zur rechtlichen Entscheidung ausgesetzt worden, erkannte die I^ma (BG. Leipzig) auf Ungültigkeit der testamentarischen Erbeinsetzung, Eintritt der Intestaterbfolge, Aufrechterhaltung der Legate. Nun (1. Jan. 1859) starb die Wittwe, beerbt von ihren Kindern Felix Z. und der posthuma, am 19. März 1859 auch Letztere, beerbt von ihrem Großvater U. Dieser und Felix Z.'s Vormünder appellirten, nachdem ersterer zuvor erklärt, daß er mit der Erbeinsetzung des Felix zu ein Viertheil einverstanden sei, das Testament auch durchgängig anerkenne, jedoch als Erbe der posthuma ein gesetzliches Erbrecht aus seines Schwiegersohnes Nachlaß verlange. Die II^da confirmirte an sich, die Entscheidung über die Wirkung dieser Erklärung der I^ma zuweisend. Auf anderweite Appella-

Digitized by Google

ob die von den jetzigen Appellanten wegen Anerkennung des von C. H. Z. errichteten Testamentes abgegebene Erklärung mit Rücksicht auf die Bedingungen, an welche sie geknüpft ist, die Nullität des gedachten Testamentes beseitige,

mit Recht theils auf den Inhalt und Zweck jener Erklärung selbst, theils auf die prozessualische Lage der Sache ein hauptsächliches Gewicht gelegt.

Nach älterem römischen Rechte war bekanntlich das Testament, in welchem ein posthumus präterirt war, civilrechtlich ungültig (raptum), es trat (mit gewissen hier einflußlosen Modificationen in Betreff der die Erbeinsetzung nicht angehenden Bestimmungen des Testamentes) die Intestatsuccession ein und folgerecht mußte die dem Präterirten vom Prätor angebotene bonorum possessio contra tabulas auch dem gültig eingesetzten Notherben, dafern er nicht auf Grund des Testamentes bereits angetreten hatte, als abgeleitete bonorum possessio (commisso per alium edicto) zu Statten kommen, selbst wenn sie von ihm nicht agnoscirt worden war.

Leist, die bonorum possessio Bd. II. §. 85, S. 138 fg.

Mühlenbruch, Erläuter. der Pandecten Bl. XXXVII. §. 142 l. c., S. 14 fg.

v. Vangerow, Lehrbuch der Pandecten, II. Bd. §. 472, S. 277 fg.

War aber der Letztere einmal zur bonorum possessio zugelassen worden, so blieb nunmehr sein Recht davon unabhängig, ob der Präterirte von seinem Rechte Gebrauch macht oder nicht, nur daß auch im letzteren Falle in Bezug auf manche Nebenbestimmungen des Testamentes und insbesondere gewisse Vermächtnisse die contra tabulas bonorum possessio als secundum tabulas bon. poss. galt und in diesem Zusammenhang mit Recht gesagt werden konnte, es solle die Uebergehung des Notherben, der von seinem Rechte keinen Gebrauch

---

tion derselben Personen confirmirte auch die III^{ia}. Als nun praevio termino intotulationis über dieses Novum zu entscheiden war, erkannte die I^{ma}, daß die Erklärung einflußlos sei und es daher bei der früheren Entscheidung bewende. Auf Appellation U.'s und der Vormünder des Felix Z. confirmirte die II^{da} und sodann auch die III^{ia}, aus deren Rationen wir das im Texte ersichtliche ausheben.

Digitized by Google

mache, ihm keinen Vortheil, d. h. nicht die Befreiung von den ihm auferlegten Legaten, verschaffen.

l. 10 §. 6 de bonor. poss. contra tab. (37. 4.)

l. 14 pr. l. 15 §. 1 de leg. praest. contr. tab. bonor. poss. pet. (37. 5.)

v. Vangerow, a. a. O., S. 278 sub c.

Ob und inwieweit die Principien der prätorischen Erbfolge durch die contra tabulas bonorum possessio neben dem Civilerbrechtssysteme noch in der Justinianeischen Gesetzgebung sich erhalten haben oder ob die Nov. 115 das Notherbenrecht völlig durchgreifend und erschöpfend neu geordnet haben, ist bekanntlich ebenso bestritten, als die Natur des Rechtsmittels, welches dem nach den Vorschriften der Novelle verletzten Notherben zusteht. Zwar kann darüber, daß das gegen diese Vorschriften verstoßende Testament in Beziehung auf die Erbeinsetzung nichtig sei und demgemäß die Intestaterbfolge eintrete nach den klaren Worten des Gesetzes in cap. III. sub fine:

> quantum ad institutionem heredum pertinet testamento evacuato ad parentum hereditatem liberos tanquam ad intestato ex aequa parte pervenire,

sowie in cap. IV. §. 8

> nullam vim hujusmodi testamentum quandum ad institutionem heredum habere sancimus, sed rescisso testamento eis, qui ab intestato ad hereditatem defuncti vocantur, res ejus dari disponimus —

kein Zweifel obwalten. Bestritten dagegen ist, ob das Testament nur rescissibel oder ob es ipso jure nichtig sei und ob solchenfalls die Nichtigkeit erst im Momente des Todes des Erblassers sich zeige, mithin bei etwaigem Wegfall des verletzten Notherben vor diesem Zeitpunkte überhaupt nicht eintrete. Selbst nach der Meinung derjenigen Rechtslehrer aber, welche aus der Novelle eine blos relative Nullität oder Rescissibilität ableiten und die Beseitigung der Erbeinsetzung von dem Willen des verletzten Notherben abhängig machen, kann selbstverständlich nur eine solche Willensäußerung in Betracht kommen, welche das Testament vollständig bestehen läßt und die Intestaterbfolge gänzlich ausschließt. Man denkt dabei an den Fall, daß der rescissionsberechtigte Notherbe das Testament anerkennt oder auf sein

Digitized by Google

Klagrecht gänzlich verzichtet und nun der eingesetzte Erbe außer dem Willen des Testirers auch den des Notherben für sich hat.

Franke, Notherbenrecht §. 30, S. 385.

Nur in diesem Sinne kann man mit der ersten Instanz für die Theorie der relativen Nullität in den Bl. angezogenen Zeugnissen der sächsischen Praxis eine Anerkennung finden. Der dort citirte Rechtslehrer

Curtius, Handbuch §. 963 not. a.

schließt unter Berufung auf eine in der Praxis anerkannte Ausnahme blos im Falle eines von dem zur Querel berechtigten Notherben geleisteten Verzichts die als Intestaterben Gleichberechtigten, welchen aber die Querel nicht zusteht, von der Anfechtung des Testamentes aus. Ebenso ist in dem Bl. erwähnten älteren Präjudize*) eine Lossagung des präterirten Notherben vom Nachlasse in Frage gekommen und bei der Entscheidung selbst überdies auf den Umstand ein wesentliches Gewicht gesetzt worden, daß es in jenem Falle sich um die Impugnation eines in re certa eingesetzten Erben handelte, der als Erbe im eigentlichen Sinne, namentlich weil er bei dem Vorhandensein eines nicht in re certa Instituirten vom Accrescenzrechte ausgeschlossen sei, nicht betrachtet werden könne.

Geht man von diesem Gesichtspunkte aus, so enthält die Erklärung des Mitappellanten U., er sei als Universalerbe der am 19. März 1859 verstorbenen, nachgeborenen Z.'schen Tochter mit der testamentarischen Bestimmung C. H. Z.'s einverstanden, wonach Felix Z. ein Viertheil des väterlichen Nachlasses bekommen solle, sowie er denn auch überhaupt das fragliche Testament durchgängig anerkenne, daneben aber als Erbe der nachgeborenen Tochter ein gesetzliches Erbrecht aus ihres Vaters Nachlaß beanspruche — unläugbar keineswegs eine unumwundene Anerkennung des Testamentes oder eine solche Verzichtleistung auf das Recht zu Rescission des Letzteren, wie sie dem Vorbemerkten zufolge zu Ausschließung der gleichberechtigten Intestaterben erforderlich ist. Auch diejenigen, welche durch Erbantretung von der contra tabul. bonor. poss. commisso per alium edicto ausgeschlossen waren, schützte der Prätor wenigstens in Beziehung auf

*) Zeitschr. f. Rpfl. u. Verw. N. F. Bd. XVIII., S. 123

Digitized by Google

dasjenige, was sie ex testamento zu erhalten hatten, insoweit dadurch nicht das Intestaterbrecht des Contratabulanten verletzt war; Mühlenbruch, a. a. O., S. 16 fg.

den Bestimmungen der Novelle 115 aber liegt offenbar die Absicht fern, unter Aufgebung des entgegenstehenden, in der rechtlichen Auffassung der Universalsuccession des römischen Civilrechts tief begründeten Princips, die Intestatsuccession neben und mit der testamentarischen eintreten zu lassen und die Füglichkeit einer derartigen Vermischung heterogener Rechtsverhältnisse der Willkür des verletzten Notherben anheim zu geben. In beiden Beziehungen erscheint demnach jene Erklärung unbeachtlich. Denn ein Erbtheil der im Testamente übergangenen posthuma ist selbstredend nur vermöge ihres Intestaterbrechtes denkbar und die Eröffnung der Intestatsuccession bringt natürlich auch die Berufung der im Testamente auf das Pflichttheil eingesetzten Miterben zu gleicher Succession mit sich. Den Letzteren die Theilnahme an der Intestatsuccession versagen zu wollen, würde auf eine weder in den Gesetzen, noch im Testamente begründete Erbfolge hinführen, indem der auf Grund des Testamentes auf ein Neuntheil des Nachlasses sich herausstellende Pflichttheil durch Hinzutritt der posthuma auf ein Zwölftheil herabsinken würde, mithin die betreffenden Miterben nicht einmal so viel erhalten würden, als ihnen der Testirer ausdrücklich zugebilligt hat.

Nun haben zwar die Mitappellanten G. und J. in Altersvormundschaft Felix Z.'s den eben gedachten Einwand durch die Erklärung, sie seien damit einverstanden, daß der Pflichttheil eines jeden Kindes erster Ehe auf ein Neuntheil und nicht etwa auf ein Zwölftheil festgesetzt werde, zu beseitigen gesucht und dem ist U. beigetreten. Allein die vorigen Instanzen haben hiergegen ganz richtig eingehalten, daß nach dem prozessualischen Stande der Sache diese Erklärung einflußlos bleibt.

Stellt man es auch zunächst in die Willkür des verletzten Notherben, von Verfolgung seines Rechtes wider das ihn verletzende Testament abzusehen und dadurch die Eröffnung der Intestaterbfolge zu verhindern, so kann ihm doch die fortwährende Einwirkung auf die Gültigkeit des Testamentes dann nicht mehr zugestanden werden, nachdem er einmal sein Impugnationsrecht entweder unwiderruflich auf-

Digitized by Google

gegeben oder wirklich geltend gemacht hat. Im letzteren Falle ist die Rescissibilität des Testaments in eine absolute Nullität übergegangen, die Erbeinsetzung beseitigt und die Intestaterbfolge eröffnet; die Wirkung der Letzteren ist nicht mehr von seiner Disposition, sondern von den gesetzlichen Bestimmungen abhängig und es folgt daraus ohne Weiteres, daß er weder durch nunmehrige Entsagung, noch durch ein Sonderabkommen mit dem testamentarischen Haupterben den mit ihm gleichberechtigten Intestaterben diejenigen Rechte, welche das Gesetz ihnen giebt, entziehen, sondern blos seinen eigenen Rechten präjudiziren kann. Nun hat der gesetzliche Vertreter der im Testamente übergegangenen posthuma, als deren Erbe U. dermalen aufgetreten ist, das Testament nicht anzuerkennen und die Intestatportion für selbige in Anspruch zu nehmen, ausdrücklich erklärt, mithin die Nichtigkeit des Testamentes in einer die Intestaterbfolge bedingenden Maße geltend gemacht, und die Letztere ist damit um so gewisser eröffnet worden, als die auf den Pflichttheil gesetzten Miterben und Appellaten durch ihren Altersvormund jenem Verlangen sich sofort auch ihrer Seits angeschlossen und sodann beiderseits mit der Wittwe und den Vertretern des unmündigen F. Z. auf rechtliche Entscheidung über die Gültigkeit des angefochtenen Testamentes compromittirt haben. Diese Entscheidung ist nicht der Grund oder die Bedingung der Nichtigkeit des Testamentes und des Eintrittes der Intestaterbfolge, sondern enthält lediglich die formelle Anerkennung beider, und es bedarf daher keiner weiteren Darlegung, daß bis zu deren Erfolg zwar die Ausübung, nicht aber der Eintritt des Intestaterbrechtes, dessen Begründung und Existenz voraussetzt, suspendirt bleibt, mithin bis zu jenem Zeitpunkte nicht etwa einer der Betheiligten den Rechten seiner Mitpaciscenten durch einseitigen Rücktritt vom Compromisse zu präjudiziren vermag. Daß diese Erwägung den Appellanten selbst dann entgegenstehen würde, wenn die Erklärung bündiger wäre, als sie dem oben Ausgeführten zufolge in der That ist, ist von der zweiten Instanz richtig angenommen worden.

Digitized by Google

18.

Zu Auslegung der Dispositian eines Testators, daß gewisse Intestaterben „lediglich den ihnen gesetzlich gebührenden Erbtheil, Alles übrige dagegen die Wittwe bekommen solle."

II. Sen.-Erk. v. 19. Juni 1862 no. 424/395.*)

Es ist allerdings richtig und im vorliegenden Falle auch berücksichtigt worden, daß bei der Auslegung einer letztwilligen Verfügung zunächst die Worte, deren sich der Testator zur Mittheilung seines Willens bedient hat, erwogen werden müssen. Enthalten diese schon nach ihrer grammatischen Bedeutung den unzweideutigen und vollständigen Ausdruck eines Willens, so wird es in der Regel keiner weiteren Hülfsmittel bedürfen, um die wahre Absicht des Testators nachzuweisen. Die Kläger irren sich aber in der wiederholten Behauptung, daß mit den in §. 2 des vorliegenden Testamentes gebrauchten Worten „gesetzlich gebührender Erbtheil" unbedingt die sogenannte Intestaterbportion bezeichnet werde. An sich bedeuten dieselben nur ein Erbtheil, welches Jemand auf Grund der Gesetze fordern kann, und in diesem allgemeineren Sinne kann ebensowohl die Intestaterbportion, als der Pflichttheil eines Notherben ein gesetzlicher Erbtheil genannt werden, wie dies vom OAG. bereits in einem ähnlichen Rechtsfalle**) ausgesprochen worden ist. Daß in der Sprache der Gesetze und der Rechtswissenschaft unter den Ausdrücken „gesetzliches Erbrecht" und „gesetzlicher Erbtheil", wenn sie ohne Rücksicht auf bestimmte Fälle und Personen oder im Gegensatze zur testamen-

*) Im Testamente waren die Wittwe und die Descendenten des Erblassers als Erben eingesetzt, jedoch disponirt, daß die Letzteren nur den ihnen gesetzlich gebührenden Erbtheil, alles übrige die Wittwe erhalten solle. Hieran schlossen sich noch verschiedene Letztere beschränkende Dispositionen. Zwischen der Wittwe und den Descendenten entstand nun darüber Differenz, ob unter dem „gesetzlich gebührenden Erbtheile" die Intestaterbportion oder der Pflichttheil zu verstehen sei. — Das OAG. entschied im concreten Falle für letztere Auffassung.

**) Vergl. Wochenbl. f. merkw. Rf. 1844, S. 79.

Digitized by Google

tarischen Erbfolge gebraucht werden, das Intestaterbrecht und der Antheil der ab intestato zur Succession berufenen Erben bezeichnet zu werden pflegen, kann den Klägern wohl zugegeben werden. Indeß ist doch nicht unbemerkt zu lassen, daß in dem Erbgesetze vom 31. Jan. 1829 und überhaupt in allen die gesetzliche (im Gegensatze zur testamentarischen) Erbfolge betreffenden Abschnitten dieses Gesetzes nur von einer gesetzlichen Erbfolge und dem Antheile, welcher den gesetzlichen Erben gebühre, die Rede, daß aber dabei der Ausdruck „gesetzlicher Erbantheil" als technische Bezeichnung der Intestaterbportion nicht gebraucht worden ist. Dagegen wird im dritten Abschnitte des Erbgesetzes, welcher sich unmittelbar an die Vorschriften über die gesetzliche Erbfolge der Verwandten anschließt, der Pflichttheil ebenfalls als ein Antheil an der Verlassenschaft bezeichnet, welcher den leiblichen Descendenten des Erblassers nach dem Gesetze gebührt, so weit sie nach den Vorschriften des letzteren der gesetzlichen Erbfolge in dessen Nachlaß fähig sind und die Successionsordnung sie trifft. Uebrigens ist aber auch die Terminologie des Gesetzgebers nicht maßgebend für den Errichter einer letztwilligen Verfügung, und es läßt sich daher eintretenden Falles nicht voraussetzen, daß derselbe einen Ausdruck, der in sprachlicher Hinsicht eine verschiedene Bedeutung hat, gerade in der Bedeutung gebraucht habe, welche der Gesetzgeber mit demselben verbunden hat. Insbesondere aber ist nicht unberücksichtigt zu lassen, daß, wenn der Testator seinen Notherben gegenüber von dem Erbtheile spricht, welcher diesen gesetzlich gebühre, darunter zunächst der Antheil, welchen die Notherben gesetzlich von ihm zu beanspruchen haben, also der Pflichttheil verstanden werden muß. Denn die Errichtung eines Testaments schließt den Eintritt der Intestaterbfolge aus, und der Erbtheil, welchen der Testator dem instituirten Erben beschieden hat, ist, wenn auch diese Personen zu seinen Intestat- und beziehentlich Notherben gehören, kein Intestat-, sondern ein testamentarischer Erbtheil, obschon der Testamentserrichter bei der Erbeinsetzung die Höhe der einem jeden von mehreren Erben bestimmten Quote nach der bei der Intestaterbfolge geltenden Grundsätzen normiren kann.

Es ist ferner von der vorigen Instanz mit Recht angenommen worden, daß schon die Errichtung eines Testamentes im concreten Falle dafür spreche, daß der Erblasser seinen Enkeln nicht so viel, als den-

Digitized by Google

selben beim Eintritt der Intestaterbfolge zugefallen sein würde, sondern nur den Pflichttheil habe hinterlassen wollen. Die in den §§. 3, 4, 5 der Ehefrau auferlegten Verpflichtungen waren zum Theil selbstverständlich, zum Theil so untergeordneter Natur, daß sie nicht als das ausschließliche Motiv der Testirung betrachtet werden können. Ebenso wenig würde es einer solchen bedurft haben, um etwa in Hinblick auf die Bestimmungen in §§. 79 fg. des Erbgesetzes der Wittwe außer dem, was ihr vom Testator bei dem Verkaufe seines Gutes bereits zugewendet worden war, auch noch einen Antheil an seiner Verlassenschaft zu sichern. Denn nach §§. 79 und 80 dieses Gesetzes sollen Verträge, wodurch dem überlebenden Ehegatten aus dem Vermögen des andern etwas auf den Todesfall ausgesetzt worden ist, oder Verträge des einen Ehegatten mit einer dritten Person, vermöge deren der andere Ehegatte nach dem Tode des ersteren etwas aus einer von diesem veräußerten Sache erhalten soll, den Anspruch des auf diese Weise bedachten Ehegatten auf die ihm gesetzlich gebührende Erbfolge und den Pflichttheil nicht unbedingt, sondern nur in dem Falle ausschließen, wenn derartige Zuwendungen in der Absicht erfolgt sind, den überlebenden Ehegatten damit wegen seines Erbrechtes abzufinden. Erst wenn nach den Verhältnissen eine begründete Vermuthung für das Dasein dieser Absicht vorhanden ist, liegt dem überlebenden Ehegatten ob, den in §. 82 gedachten Beweis des Gegentheils zu führen.

Es läßt sich bei der Persönlichkeit des Testators kaum erwarten, daß er diese Bestimmungen des Erbgesetzes in Erwägung gezogen habe, und wenn er wirklich auf dieselben zugekommen wäre und nur die Absicht gehabt hätte, daß seiner Ehefrau die gesetzliche Erbfolge auf Grund dieser Bestimmungen nicht streitig gemacht werden solle, so würde hierzu schon eine einfache Erklärung beim Abschlusse des Kaufes genügt und die in §. 80 des gedachten Gesetzes erwähnte Präsumtion ausgeschlossen haben. Wollte man aber selbst den Wunsch diesfälliger Sicherstellung seiner Ehefrau als ein Motiv des Erblassers zur Testamentserrichtung gelten lassen, so ergiebt sich doch aus dem sonstigen Inhalte der letztwilligen Verfügung, daß dies nicht das alleinige Motiv gewesen ist, und daß er seinen Enkeln allerdings nur den gesetzlichen Pflichttheil habe hinterlassen wollen. Es geht dies nämlich daraus hervor, daß der Testator zwar in §. 1 seines Testa-

Digitized by Google

mentes seine Ehefrau und seine Enkel, die Kläger, zu Erben eingesetzt, dabei aber erklärt hat, daß er dies nur unter gewissen Beschränkungen thue. Eine die Erbeinsetzung selbst und die Erbquoten betreffende Beschränkung ist nun in den darauf folgenden Paragraphen lediglich in Ansehung der Kläger getroffen worden, während alles, was in §§. 3, 4, 5 von der Wittwe gesagt worden ist, keine Beschränkung ihres Erbrechtes oder ihrer Erbquote, sondern, wie bemerkt, theils selbstverständliche Dinge, theils eine geringe Belästigung und beziehentlich sogar eine Erleichterung derselben hinsichtlich der Specification seines Nachlasses enthält. In Ansehung der Kläger ist aber in §. 2 verordnet, daß sie lediglich den ihnen gesetzlich gebührenden Erbtheil, Alles übrige dagegen die Ehefrau bekommen soll. Diese Verfügung weist gerade ihrer Wortfassung zufolge direct darauf hin, daß den Klägern weniger und seiner Wittwe mehr beschieden sein solle, als sie ohne diese testamentarische Bestimmung und nach den Grundsätzen der gesetzlichen Erbfolge erhalten haben würden. Denn hätte der Testator den ersteren den Betrag ihres Intestaterbtheils aussetzen wollen, so würden sie drei Viertheile des gesammten Nachlasses und die Wittwe nur ein Viertheil davon, als den ihr gesetzlich gebührenden Erbtheil, zu erhalten gehabt haben.

Die Ansicht der Kläger, daß der im Eingange des Testamentes erwähnte Kauf und die darin zu Gunsten der Beklagten getroffene Verfügung bei der Interpretation der §§. 1, 2 des Testamentes maßgebend und die Worte: „lediglich den ihnen gesetzlich gebührenden Erbtheil" so verstanden werden müßten, daß die Kläger, weil der Testator über einen beträchtlichen Theil seines Vermögens bei jenem Kaufe disponirt habe, nur noch die Intestaterbportion von dem verbliebenen Vermögen erhalten sollten, ist nicht haltbar. Der Testator hat den Verkauf seiner Grundstücke im Allgemeinen erwähnt und daran nur die Bemerkung geknüpft, daß er nach der Veräußerung des Immobile blos noch bewegliches Vermögen besitze, worüber er letztwillig verfügen könne. Auf die in diesem Kaufe getroffenen Bestimmungen ist im Testamente nicht Bezug genommen und am wenigsten sind sie in einer Art und Weise erwähnt worden, welche die Voraussetzung begründen könnten, daß darin ein Motiv für die Bestimmung der Erbtheile in §. 2 des Testamentes gelegen hätte. Der §. 2 des

Digitized by Google

Testamentes steht zudem in einer solchen unmittelbaren Verbindung mit der in §. 1 ausgesprochenen Erbeinsetzung, daß derselbe nur auf die letztwillige Verfügung bezogen und aus dieser selbst erklärt werden kann; er enthält eben die Beschränkung, mit welcher die Enkel zu Erben eingesetzt werden sollten. Hätte der Testamentsverrichter bei dieser Disposition die von den Klägern vorausgesetzte Intention gehabt, so hätte er seine Enkel im Testamente bevorzugen, und die Ehefrau beschränken müssen, er hätte also nicht gerade umgekehrt sagen können, daß jene lediglich den ihnen gesetzlich gebührenden Erbtheil, diese aber Alles übrige bekommen solle. Der den Kläger gesetzlich gebührende Erbtheil konnte nur der Pflichttheil sein, welchen er seinen Descendenten durch eine fernere Begünstigung der Ehefrau nicht entziehen durfte.

Mit dieser, schon durch den Sprachgebrauch und die grammatische Bedeutung der gebrauchten Worte gebotenen Auslegung des Testamentes stimmen nun auch die in §§. 3, 4, 5 getroffenen Dispositionen insofern ganz überein, als dieselben durch die bevorzugte Stellung der Ehefrau in Bezug auf den Betrag ihres Erbtheils in völlig logischer Weise motivirt werden. Ob der Testator bei allen seinen Dispositionen eine billige Gesinnung gegen seine Enkel befolgt habe oder nicht, kann, da das Testament, ebensowie der Kauf, den Willen desselben, seine Ehefrau möglichst zu bedenken, mit hinreichender Bestimmtheit erkennen läßt, nicht in Betracht kommen.

19.

Ueber die Specificationspflicht des Ehemannes in Betreff eines der Ehefrau angefallenen Nachlasses.

II. Sen.-Erk. v. 14. Aug. 1862 no. 494/483.

Wollte man selbst annehmen, daß der Mitbeklagte zufolge des ihm an dem Vermögen seiner Ehefrau, welche beim Nachlasse als Miterbin concurrirt, zustehenden Nutznießungs- und Verwaltungsrechtes der Besitznahme der Nachlaßmobilien sich unterzogen habe, so würde doch eine Verurtheilung zu Herausgabe eines Nachlaßverzeichnisses gegen den Mitbeklagten nicht ausgesprochen werden können, weil solchenfalls der Mitbeklagte den Besitz der Erbschaft nicht für sich, sondern im Namen

Digitized by Google

und im präsumtiven Auftrage seiner Ehefrau, der Beklagten, ergriffen haben würde, indem auf den vorliegenden Fall der von der vorigen Instanz aufgestellte Grundsatz, daß nicht nur der Erbe selbst, sondern auch jeder Dritte, welcher in des Erben Namen eines Nachlasses sich angemaßt habe, zu dessen eidlicher Specificirung verbindlich sei, keine Anwendung leidet. Denn wenn auch der gedachte Grundsatz von mehreren sächsischen Rechtslehrern, namentlich von

Haubold, Lehrbuch §. 352.
Curtius, Handbuch §. 912.

ganz im Allgemeinen behauptet wird, so verstehen dennoch die nurgedachten Schriftsteller, wie aus den von ihnen gegebenen Beispielen erhellt, unter den Dritten, welche eine Erbschaft im Namen des Erben besitzen, und zu Vorlegung des Inventur oder einer eidlich zu bestärkenden Specification verpflichtet sind, lediglich die gesetzlichen Vertreter der Erben, z. B. deren Vormünder. Es bezieht sich daher die obige Regel nicht auf bloße Mandatare, welche im Auftrage eines Erben oder Miterben den Nachlaß besitzen oder verwalten, indem als der richtige Beklagte der Erbe selbst ohne Rücksicht darauf, ob er den Besitz am Nachlaß in eigener Person oder durch einen Bevollmächtigten ergriffen hat, angesehen werden muß, nicht aber der Mandatar oder Geschäftsführer des Erben belangt werden kann.

l. 13 §. 12 Dig. de hered. petit. (5. 3.)

Aus diesem Grunde sind selbst in dem Falle, daß Testamentsvollstrecker oder testamentarisch bestimmte Nachlaßverwalter bestellt worden sind, nicht diese, sondern die Erben selbst als die eigentlichen Besitzer des Nachlasses, gegen welche die Anträge auf Herausgabe der Nachlaßspecification zu richten sind, anzusehen.

Sintenis, Civilrecht Thl. 3 §. 190 not. 27, S. 539 ed. 2.
Zeitsch. für Rechtspfl. und Verw. N. F. Bd. XVIII., S. 501 fg.

Endlich disponirt in Betreff der Frage, ob der Ehemann einer Miterbin zu Herausgabe der von Letzterer in Besitz genommenen Erbschaft verpflichtet sei, die l. 13 §. 10 D. de hered. petit. (5. 3.)

Apud Marcellum libro 4. Digestorum relatum est, si mulier hereditatem in dotem dedit, maritum pro dote quidem possidere hereditatem, sed petitione hereditatis

tatis utili teneri; sed et ipsam mulierem directa teneri, Marcellus scribit, maxime si jam factum divortium est.

Zufolge dieser Gesetzesstelle ist die miterbende Ehefrau als die eigentliche Beklagte, gegen welche die directe Erbschaftsklage anzustellen ist, anzusehen, und eine actio utilis gegen den Ehemann nur dann gestattet, wenn ihm die Erbschaft von der Ehefrau als dos inferirt worden ist. Man kann die Frage, ob mit Rücksicht auf die Befugnisse, welche nach sächsischem Rechte der Ehefrau und dem Ehemanne an den Dotalsachen zustehen, unter der in der Gesetzesstelle erwähnten Voraussetzung eine Klage gegen den Ehemann gerichtet werden könne, auf sich beruhen lassen, da die Klägerin darauf, daß von der Beklagten ihrem Ehemanne, dem Mitbeklagten, der in Rede stehende Nachlaß als dos inferirt worden sei, sich nicht bezogen hat, und jedenfalls aus der angezogenen l. 13 §. 10 D. de hered. pet. so viel erhellt, daß das eheliche Verhältniß, in welchem Mitbeklagter zu der Beklagten steht, für sich allein und abgesehen von der etwaigen Constituirung der Erbschaft als dos nicht geeignet ist, der Klägerin das Befugniß zu gewähren, gleichzeitig von beiden Eheleuten eine Specification des mütterlichen Nachlasses zu fordern.

V. Civilprozeß.

1.

Bei einer in amtlicher Eigenschaft ausgestellten Vollmacht bedarf es nicht der Verzeichnung der Vornamen des Ausstellers, wenn dessen Person auf andere Weise genügend bezeichnet ist.

II. Sen.-Erk. v. 8. Aug. 1862 no. 445/466.

Da der Grund der Erforderung der Unterzeichnung von Prozeßvollmachten mit dem vollen Vor- und Zunamen des Ausstellers kein

Digitized by Google

anderer als der ist, Zweifel an der Identität des Unterschreibenden mit der vertretenen Prozeßpartei auszuschließen, so erscheint es unbedenklich von dem Requisit der vollen Namensunterzeichnung in dem Falle abzusehen, wenn der Unterzeichner nicht für seine Person, sondern in amtlicher Eigenschaft den Antrag zur Prozeßführung ertheilt und diese Eigenschaft sich durch die Art der Unterzeichnung zur Genüge zu erkennen giebt. Daß dies letztere im vorliegenden Falle, in welchem der nach §. 5 des Gesetzes, die Anwendung der Landgemeindeordnung auf kleinere Städte betr., vom 7. Novbr. 1838 mit magistratischen Rechten versehene Vorstand des die Stadtgemeinde vertretenden Organes seinem Namen seine amtliche Eigenschaft beigefügt und das Siegel der Gemeinde beigedrückt hat, ausreichend geschehen sei, erschien nicht zweifelhaft und war deshalb das in den vorigen Entscheidungen wegen Vervollständigung der Prozeßvollmacht Angeordnete, wie gegenwärtig geschehen, außer Wirksamkeit zu setzen.

2.

Die Erweiterung des Satzes: perjurus non jurat (im Sinne des älteren Rechtes) durch Art. 226 des StGB.'s auf Versuchshandlungen kann nicht in einem Falle zu Anwendung kommen, wo die betreffende Versuchshandlung vor dem StGB.'e liegt und strafrechtlich geahndet ist.

II. Sen.-Erk. v. 7. Aug. 1862 no. 441/458.

Das OAG. hat lediglich der Ansicht der vorigen Instanzen (BG. und AG. Leipzig) beizupflichten, daß Klägers im Jahre 1845 resp. 1846 erfolgte Verurtheilung wegen Versuches der Verleitung von Zeugen zum Meineide nicht die Wirkung hat, ihn für den Civilprozeß zur Eidesleistung unfähig zu machen und demgemäß ihn des Beweismittels des Eidesantrages verlustig gehen zu lassen.

Denn wenn schon der Satz des canonischen Rechtes:

> qui semel perjuratus fuerit, nec testis sit posthoc, nec ad sacramentum accedat.

cap. 14 causa 22 qv. 5.

vergleiche auch

cap. 2 causa 22 qv. 2.

Digitized by Google

C. 14 X. de praes. II. 23.

C. 1 X. de purg. can. V. 34.

auf Grund dessen das OAG., conform mit anderen Spruchbehörden, vor wie nach Erlassung des StGB.'s den Meineidigen auch im Civilprozesse für eidesunfähig erachtet hat,

Zeitschr. für Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. XVI., S. 254.

Annalen des OAG.'s Bd. III., S. 110.

durch die Vorschrift des StGB.'s Art. 226 (vergl. auch StPO. Art. 225) nach einer Seite hin eine Erweiterung erfahren hat, auch einerseits dahin gestellt bleiben kann, inwiefern nicht im Sinne jener Stellen des canonischen Rechtes der Verleiter (Anstifter, wie ihn das StGB. zu nennen vorgezogen hat) zum Meineide dem, der selbst den Meineid geleistet, gleichzustellen sei, andererseits aber inwiefern die Ausdehnung der Unfähigkeit zum eidlichen Zeugnisse in Art. 226 des StGB.'s auf den Fall des Versuches ohne Weiteres in civilprozessualer Hinsicht bei Haupt- oder Legaleiden u. s. w. Geltung erlangen könnte — wie denn eine anscheinend dahin zielende Bemerkung Krug's

Commentar Bd. II., S. 120 der 2.-Ausg.

wenigstens nicht in dem bezogenen Präjudize (Annalen Bd. III., S. 110) Unterstützung finden dürfte — ferner inwiefern die Fassung des Art. 226 des StGB.'s außer den Fällen

a) des Meineides,

b) des Versuches desselben und

c) der Anstiftung zum Meineide

auch den

d) des Versuches der Anstiftung

involviren würde; endlich inwiefern die Schlußworte des Art. 226 „was in dem Straferkenntnisse auszudrücken ist" nur eine Formvorschrift, oder die Bedingung enthalten, unter welcher die Zeugnißunfähigkeit als Folge der Verurtheilung wegen der oben unter a. b. c. gedachten Vergehen eintritt, so erachtet es doch das OAG. in Festhaltung an dem in dem obbezogenen Falle

Zeitschr. a. a. O.

ausgesprochenen Grundsatze, daß jene Vorschrift des canonischen Rechtes sich für das frühere Recht nicht auf Versuch der Verleitung zum falschen Zeugnisse beziehen lasse, in alle Wege unzulässig, daß eine etwaige

Digitized by Google

Erweiterung jener Grundsätze des canonischen Rechtes durch das StGB. in einem Falle zur Geltung kommen könne, wo die betreffende Versuchshandlung vor dem StGB.'e liegt und strafrechtlich geahndet ist.

3.

Instructionswidrige Rückgabe eines deferirten Eides durch den Sachwalter enthält i. Z. keine Rechtsverletzung für dessen Auftraggeber.

III. Sen.-Beschl. v. 10. Aug. 1861 no. 241*).

Es läßt sich zuvörderst nicht ohne Weiteres behaupten, daß der Beklagte durch die Zurückgabe des ihm angetragenen Eides, wenn dieselbe auch gegen seine Instruction von seinem früheren Sachwalter bewirkt worden wäre und der Kläger den ihm referirten Eid ableisten sollte, eine Rechtsverletzung erlitten habe. Denn das prozessualische Befugniß, zwischen Annahme oder Zurückgabe des deferirten Eides zu wählen, ist ihm weder vom Gerichte, noch von der Gegenpartei irgendwie verkümmert, sondern durch seinen im allgemeinen zur Prozeßführung und speciell zur Erklärung über den gebrauchten Eidesantrag mit Auftrag versehenen Sachwalter von ihm ausgeübt worden. Eine materielle, als mittelbare Folge der angeblich instructionswidrig erfolgten Relation zu betrachtende Rechtsverletzung würde sich aber höchstens in dem Falle annehmen lassen, wenn der Kläger — was jedoch nicht vorausgesetzt werden kann — den ihm referirten Eid gegen die Wahrheit leisten sollte.

---

*) Bei Zurückweisung eines auf angeblich instructionswidrige Eidesrekation Seiten des Beklagten gegründeten Restitutionsgesuches wurde über den anzunehmenden Mangel einer Rechtsverletzung, als Voraussetzung der Restitution, das im Texte gegebene bemerkt, übrigens noch darauf hingewiesen, daß dem Beklagten die Rechtskraft des ihm publicirten Erkenntnisses auf das Relatum, gegen welches er nach dieser Richtung nicht remedirt, beziehentlich, da causa aestimabilis vorliege, der Mangel der Ausklagung des Sachwalters entgegenstehen würde.

Digitized by Google

4.

Der Annahme eines devolutiven Rechtsmittels steht es nicht entgegen, wenn solches nicht ausdrücklich als Appellation oder Berufung bezeichnet ist.

II. Sen.-Erk. v. 14. Aug. 1862 no. 468/482.

Die Deduction Beklagtens, daß der Klägerin Eingaben Bl. und Bl. ein devolutives Rechtsmittel nicht enthalten, kann als erheblich nicht gefunden werden.

Hat nämlich auch Klägerin ihr Rechtsmittel, abgesehen etwa von der Liquidation, nicht ausdrücklich als Appellation oder Berufung bezeichnet, so hat sie doch innerhalb zehntägiger Frist, unter Vorbehalt weiterer Gravamina und deren Ausführung, sich durch speciell ausgehobene Dispositionen des vorigen Urthels für beschwert erklärt, jene Schriften mit Duplicat für den Gegentheil eingereicht, die Beschwerdepunkte vermehrt und deducirt, Bl. aber reformatorischer Entscheidung dritter Instanz entgegenzusehen erklärt und um Berichterstattung an das AG. gebeten.

Unter solchen Umständen aber hat das OAG. bereits mehrfach das Rechtsmittel für salvirt angesehen.

Zeitschr. für Rechtspfl. und Verw. N. F. Bd. VI., S. 292, Nr. 19.

Wochenbl. für merkw. Rechtsf. 1850, S. 142 fg. ad I.

5.

Die Provocation ex lege diffamari kann nicht an Stelle von Anträgen behufs der Herbeiführung einer in einem anhängigen Prozesse erforderlichen Entscheidung benutzt werden.

II. Sen.-Erk. v. 30. Mai 1862 no. 337/342.

Der Anspruch, dessen sich nach der Klage der Provocat berühmt haben soll, ist besage der Acten Rep. I. Cap. I. Lit. S. Nr. 89 bereits Gegenstand eines von dem Provocaten früher wider den Ehemann der Provocantin erhobenen und nach dem Tode des ersteren

Digitized by Google

gegen die letztere fortgestellten Executivprozesses, welcher zwar dahin, daß die Provocantin den ihrem Erblasser in Ansehung der der Klage zu Grunde gelegten Urkunde rechtskräftig auferlegten Diffessionseid geleistet hat, gediehen, jedoch zu einer Entscheidung der nachmals darüber entstandenen Differenz noch nicht gelangt ist, ob der gedachte Diffessionseid von der Provocantin als zugleich für ihre drei minderjährigen Kinder, welche durch ihren Altersvormund den väterlichen Nachlaß ihrer Mutter zur activen und passiven Vertretung überlassen haben, mit geleistet zu betrachten sei oder nicht. Wenn daher die Provocantin ihre Klage auf die Behauptung stützt, daß durch den von ihr geleisteten Diffessionseid der von dem Provocaten klagbar gemachte Anspruch seine Erledigung gefunden habe, so handelt es sich hierbei um eine Frage, welche, als in den dermalen noch anhängigen Executivprozeß gehörig, in diesem ihre Beantwortung zu finden hat und daher nur zu Stellung von Anträgen behufs der Herbeiführung einer desfalls dort zu ertheilenden Entscheidung berechtigen, nicht aber Gegenstand eines neben dem ersten noch unbeendigten Prozesse herlaufenden zweiten Rechtsstreites gemacht werden könne. Verfolgt daher die Provocantin mit ihrer Provocation eine Tendenz, welche sie mit den über die Litispendenz bestehenden Principien nicht vereinigen läßt, so giebt dies einen Grund mehr ab, weshalb die vorliegende Klage nicht aufrecht zu erhalten ist.

6.

Ueber das Verfahren in Gemäßheit §. IV. und XIV. des Oberamtspatents vom 18. August 1727.

III. Sen.-Verordn. v. 4. Jan. 1862 no. 391 v. 1861.*)

Nach der Natur des durch das Oberamtspatent vom 18. Aug. 1727 §. IV. und XIV. für Differenzen zwischen Grundbesitzern der

*) Bei einer in der Oberlausitz entstandenen Differenz bezüglich der Benutzung eines Privatgewässers waren von beiden Theilen zu Vorbereitung einer Entscheidung diverse Anträge gestellt, beziehentlich differente Ansichten über die bei der Beurtheilung der Sache anzuwendenden Rechtsgrundsätze hervorgetreten. Das Prozeßgericht hatte nun in einer Bescheidung sich darüber verbreitet, welche Erörterungen es für seine Entscheidung annoch für

Digitized by Google

Oberlausitz in Betreff der Benutzung fließender Wässer geordneten summarischen Verfahrens, dessen Anwendbarkeit für den vorliegenden Rechtsstreit unter den Parteien zur Zeit rechtskräftig feststeht, haben die Interessenten dasjenige, was sie für sich anzuführen im Stande sind, dem Richter vorzutragen und ihre Rechte kürzlich zu dociren, der Richter aber hat den Sachstand zu erörtern und endlich ohne Weiteres und namentlich ohne vorgängiges Beweisinterlocut und daran sich knüpfendes förmliches Beweisverfahren zu entscheiden. Diese Entscheidung hat zu erfolgen, sobald das Prozeßgericht die von den Parteien vorgetragenen thatsächlichen Verhältnisse, so weit es solche für einflußreich hält, für genügend erörtert erachtet und es steht den Parteien erst gegen eine solche Entscheidung der Rechtsweg an die höheren Instanzen offen, wenn sie durch das Resultat der erstinstanzlichen Entschließung für beeinträchtigt sich ansehen.

Weicht die höhere Instanz in der Beurtheilung des gesammten Actenmaterials von der Ansicht des Prozeßgerichtes insofern ab, als dieselbe dem einen oder anderen Punkte, den die erste Instanz für einflußlos angesehen und deshalb nicht oder nicht genügend erörtert hat, eine Betrachtung nicht versagen zu können glaubt, so steht es derselben frei, die nachträgliche Vornahme der erforderlichen Erörterungen anzuordnen und die Sache zur anderweiten Entschließung in die erste Instanz zurückzuweisen.

Keineswegs aber kann es gestattet sein, daß die erste Instanz über die Vorfrage, welche Erörterungen sie für einflußreich erachten und daher vornehmen wolle und welche nicht, die Parteien mit Bescheidung versieht, und dadurch Veranlassung giebt, daß nunmehr über

---

nöthig, beziehentlich unnöthig erachte, sowohl nach welchen Rechtsgrundsätzen es bei solcher zu verfahren gedenke. Auf Appellation gegen diese Bescheidung war die II^{da} auf demselben Wege weiter geschritten, woneben Seiten der Parteien neue Erörterungsanträge gestellt wurden, worauf die Sache auf die Rechtsmittel der Parteien gegen die II^{da} an das OAG. gelangten. Dasselbe verordnete unter Aufhebung der II^{da}, wie der Bescheidung der I^{ma}, daß Letztere nach Beendigung der von ihr zu Beurtheilung des zwischen den Parteien streitigen Rechtsverhältnisses für erforderlich gehaltenen Erörterungen der einschlagenden thatsächlichen Umstände eine definitive Entschließung in der Sache zu fassen und den Interessenten zu eröffnen habe. Die Motiven für diese Entscheidung sind im Texte gegeben.

Digitized by Google

diesen Punkt unter den Parteien discutirt und in drei Instanzen entschieden, also gewissermaßen das Beweisthema und die Zweckmäßigkeit einzelner zu benutzender Beweismittel im voraus festgestellt werde. Das würde der Natur, wie dem Zwecke des eingeschlagenen Verfahrens, der auf eine Beschleunigung der Entscheidung abzielt, offenbar widerstreiten, ja es stellt sich sogar ein derartiges Verfahren noch überdies insofern als höchst unangemessen dar, als es bei Entscheidung über diese Vorfragen in den höheren Instanzen kaum umgangen werden kann, auf das Materielle der obschwebenden Differenz einzugehen, und so der künftigen Definitiventscheidung der ersten Instanz vorzugreifen.

7.

Zu §. 55 des Executionsgesetzes vom 28. Febr. 1838.

III. Sen.-Verordn. v. 2. Novbr. 1861 no. 332. *)

Mit den vorigen Instanzen stimmt man damit überein, daß gegenwärtig nur über die Frage zu entscheiden ist, ob der Stier zur

*) Impetrant beantragte wegen einer zur Execution geeigneten Forderung Hülfsvollstreckung durch Abpfändung eines Stieres, welchen Impetrat, der Schuldner, ein herumziehender Schausteller, bei Gelegenheit des Vogelschießens zu C. in dem Stalle eines dasigen Gasthofsbesitzers gegen ein tägliches Stallgeld von 2 Ngr. 5 Pf. eingestellt hatte. Die Abpfändung erfolgte. Dem widersprach Intervenient unter dem Anführen, daß er von Impetraten kurz vor der Abpfändung den Stier erkauft und übergeben erhalten und nunmehr für seine Rechnung im Stalle belassen habe. Summarisch, jedoch eidlich abgehörte Zeugen bestätigten den Kauf, ferner daß sodann Impetrat den Intervenienten in den Stall zum Stiere geführt und erklärt, daß solcher nunmehr Eigenthum des Intervenienten sei, auch ihm die dazu gehörigen Zäume und Decken ꝛc. sowohl den Wärter überwiesen; daß weiter Intervenient Letzteren nunmehr für sich unter Angabe eines Draufgeldes engagirt, endlich daß Intervenient gegen den Verwalter des Stalles sich als nunmehrigen Eigenthümer des Stieres bekannt, zu Bezahlung des Stall- und Futtergeldes bereit erklärt, auch den bis dahin verstandenen Betrag bezahlt habe. Nichtsdestoweniger wurde Intervenient in zwei Instanzen unter Aufrechthaltung der Hülfsvollstreckung zum Interventionsprozeß gegen Impetranten verwiesen. Allein das OAG. erachtete die Hülfsvollstreckung für wirkungslos und den Fall eines Interventionsstreites nach §. 55 des Executionsgesetzes für ausgeschlossen und ordnete demnach ohne Weiteres Herausgabe des Stieres an den Intervenienten an.

Digitized by Google

Zeit der Abpfändung in dem Gewahrsam des Impetraten oder in dem Gewahrsam des Intervenienten sich befunden habe, und ob demgemäß die vom Intervenienten angefochtene Beschlagnahme des Stieres als formell gültig anzusehen oder als wirkungsloser Act außer Kraft zu setzen sei, wogegen die materielle Frage, ob der Intervenient das Eigenthum am Stiere, oder überhaupt ein besseres Recht, als Impetrant durch die Abpfändung, erworben, nach Befinden künftiger weiterer rechtlichen Ausführung der Parteien zu überlassen ist.

Die Erörterung des zuerst erwähnten Umstandes kann aber im vorliegenden Falle deshalb nicht umgangen werden, weil der Stier nicht in der Behausung des Impetraten, sondern in einem fremden für das reisende Publikum bestimmten Stalle eines Gasthofes in Beschlag genommen worden ist. Denn der Natur der Sache nach dürfen nur die zum Vermögen des Schuldners gehörigen Sachen abgepfändet werden. Nun streitet zwar die Vermuthung für das Eigenthum des Schuldners an denjenigen Sachen, welche in seinem Gewahrsam, d. h. in seinem factischen Besitze zur Zeit der Execution sich befinden. Ein anderes Verhältniß tritt jedoch ein, wenn Gegenstände, welche nicht in den Localien oder in der unmittelbaren Verwahrung des Schuldners, sondern in der Behausung eines Dritten vorgefunden werden, als Executionsobjecte bezeichnet worden sind, da hier in der Regel äußere Merkmale fehlen, aus welchen mit Sicherheit ein Eigenthums- oder Besitzrecht Seiten des Schuldners gefolgert werden kann. Diese Grundsätze ergeben sich unzweifelhaft aus der Vorschrift des §. 55 des Executionsgesetzes vom 28. Februar 1838, daß der Dritte ein Eigenthumsrecht an einer von ihm als sein Eigenthum in Anspruch genommenen bei Vollziehung der Auspfändung in des Schuldners Gewahrsam befindlichen Sache auf die im Gesetze näher angegebene Weise nachzuweisen habe, indem der Hülfsact, sobald die abgepfändete Sache sich zur Zeit der Beschlagnahme nicht im Gewahrsam des Schuldners befunden hat, ohne Weiteres als wirkungslos erscheint, und von einem Interventionsprozesse nicht die Rede sein kann.

Vom Prozeßgericht ist Inhalts des Protocolles mit Beschlagnahme des Stieres zu Gunsten des Impetranten verfahren worden, weil man in Erfahrung gebracht hatte, daß der Stier vom Impetraten in den Gaststall des Erbgerichts zu Copitz einstweilen eingestellt

Digitized by Google

worden sei. Zu dieser Maßregel war das Gericht offenbar berechtigt, da zur Zeit der Abpfändung weder Impetrat auf eine Veräußerung des Stieres sich bezogen, noch Intervenient sein angebliches Eigenthumsrecht an den Stier angezeigt hatte, mithin das Gericht von der Voraussetzung ausgehen mußte, daß der Impetrat den Gewahrsam, in welchem sich der Stier zur Zeit der Einstellung in den Gasthof befunden hat, nicht aufgegeben habe. Diese auf die Fortdauer eines nachgewiesenen Besitzes beruhende Präsumtion ist aber durch die oben zusammengestellten Aussagen der abgehörten Bescheinigungszeugen, nach welchen in der Zwischenzeit zwischen der Einstellung und der Abpfändung des Stieres der Besitz desselben von dem Impetraten auf den Intervenienten übergegangen ist, beseitigt, und hierdurch der Beschlagnahme selbst die Wirkung eines legalen Hülfsactes entzogen worden. Denn aus den beschworenen Depositionen der Zeugen M. und G. in Verbindung mit den unterstützenden Aussagen der Zeugen K., B. und M. ist ausreichend bescheinigt worden, daß Impetrat unmittelbar bei dem Stiere stehend, den Besitz desselben aufgegeben und auf den Intervenienten übertragen hat. Diese Thatsache reicht aber zum Erwerb des Besitzes Seiten des Intervenienten vollkommen aus, da die unmittelbare Gegenwart der übergebenen Sache die Stelle des wirklichen Ergreifens derselben vertritt und mit dem Augenblicke der Tradition der Besitz auf den neuen Erwerber übergeht.

Savigny, Recht des Besitzes §. 16, S. 239 fg. ed. 6.

Es ist daher nach Ansicht des OAG.'s einflußlos, daß der Intervenient den Stier aus dem Stande des Pferdestalles, in welchem er zur Zeit der Uebergabe eingestellt war, nicht hinweggeführt hat, da der gedachte Stall keineswegs von dem Impetraten auf längere Zeit dergestalt ermiethet worden ist, daß Impetrat nach der Uebergabe des Stieres als factischer Inhaber des Stalles und des daselbst zurückgebliebenen Stieres angesehen werden mußte, sondern Impetrat lediglich die Erlaubniß erbeten und erhalten hatte, einen einzelnen Stand in dem dem reisenden Publikum offenen und gleichzeitig von anderen Gästen benutzten Gaststalle zu benutzen. Wenn nun Impetratem jeder Zeit frei stand, den gedachten Stand im Stalle wieder aufzugeben, so hat er nach Ausweis der Zeugenaussagen seine Absicht, von der Benutzung desselben nach der Uebergabe des Stieres fernerhin keinen

Digitized by Google

Gebrauch zu machen, dadurch an den Tag gelegt, daß er nicht nur die daselbst aufbewahrten Zäume und Decken des Stieres dem Intervenienten zugleich mit dem Stiere tradirt, sondern auch dem Wärter B. erklärt hat, daß letzterer von nun an nicht mehr in seinem, des Impetraten, sondern in des Intervenienten Diensten stehe. In gleich unzweideutiger Weise hat Intervenient seinen Entschluß, den Stand, in welchem der Stier bisher eingestellt war, für sich zu benutzen, durch die dem Hausknecht R. gemachte Mittheilung, daß er nunmehr das Stall- und Fütterungsgeld für den von dem Impetraten erkauften Stier bezahlen wolle, zu erkennen gegeben.

Die beiden vorigen Instanzen sind zu einer entgegengesetzten Ansicht gelangt, indem sie angenommen haben, daß der Besitzer des Gasthofes beziehentlich dessen Hausknecht, welchem der Stier vom Impetraten zur Beherbergung anvertraut worden war, durch die Uebernahme in ein solches contractliches Verhältniß zum Impetraten getreten seien, daß sie den Stier im Namen des Impetraten und für denselben innegehabt hätten, hierdurch zwar Impetrat nicht den Besitz und die Möglichkeit der jederzeitigen freien Verfügung über den Stier verloren habe, ein Dritter jedoch nicht in der Lage gewesen sei, dessen Herausgabe unmittelbar von dem, bei dem er eingestellt gewesen, zu fordern, vielmehr letzterer ihm lediglich an den zurück zu geben gehabt habe, von welchem er ihn in Gewahrsam erhalten habe. Dieser Ansicht vermag jedoch das OAG. nicht beizupflichten, da das zwischen dem Hausknecht R. und dem Impetraten bestandene Rechtsverhältniß*) für die vorliegende Frage einflußlos erscheint. Denn wollte man selbst davon, daß Impetrat nur einen Stand im Stalle ermiethete, selbst im Orte verblieb und durch einen besonders angenommenen Wärter den in den Gasthofsstall eingestellten Stier beaufsichtigen ließ, absehen und annehmen, daß er dem Hausknecht R. die factische Detention des Stieres anvertraut habe, so würde dennoch der Gewahrsam des Stieres Seiten des Hausknechtes nur im Namen und im Auftrage des Impetraten ausgeübt worden sein. Dieses Contractsverhältnisses ungeachtet, vermöge dessen der Hausknecht einen fremden

*) Nach der factischen Sachlage hatte der Hausknecht R. als Contrahent zu gelten.

Digitized by Google

Besitz verwaltete, ist nicht nur Impetrat der wirkliche Besitzer des Stieres geblieben, sondern hatte auch das Recht, über den Stier frei zu verfügen und den Besitz und Gewahrsam desselben ohne Zustimmung und Vorwissen seines Beauftragten aufzugeben, in keiner Weise verloren.

Savigny, Recht des Besitzes §. 23, S. 322 fg. ed. 6.

Sintenis, Civilr. Th. 1 §. 42, S. 438.

Da nun auch dem Impetraten jeder Zeit der freie Zugang zu dem ermietheten Stande offen stand und er den Stier im Stalle selbst dem Intervenienten übergeben hat, so hat sich der Impetrat des Besitzes und Gewahrsams des Thieres auf eine völlig zulässige Weise begeben. Nicht minder ist mit der Uebertragung des Besitzes auf den Intervenienten Seiten des Impetraten der Besitz, so weit er vom Hausknecht, als Beauftragten und Stellvertreter des Impetraten, verloren gegangen, ohne daß es einer nochmaligen Uebergabe Seiten des zeitherigen Stellvertreters des Impetraten an den Intervenienten bedurft hat.

Savigny, a. a. O., S. 441 Note 1.

Ebenso hat Intervenient mit dem Augenblicke der Tradition Seiten des Impetraten den Besitz und den Gewahrsam des Stieres erworben, und kann die hierdurch erlangten Klagrechte gegen den früheren Bevollmächtigten des Tradenten, wenn derselbe die Herausgabe der Sache verweigern sollte, geltend machen. Hieraus ergiebt sich aber von selbst, daß die Wirkungen der Uebergabe keineswegs so lange suspendirt bleiben, bis der Repräsentant von der Seitens seines Machtgebers erfolgten Uebergabe durch den letzteren selbst in Kenntniß gesetzt worden ist, indem das Contractsverhältniß, welches zwischen diesem und dem früheren Besitzer bestanden hat, den neuen Besitzer, welcher seinen Besitz von dem Letzteren unmittelbar ableitet, nicht berührt. Auch geht aus keiner der angezogenen Gesetzstellen hervor, daß eine vom zeitherigen Besitzer bewirkte Besitzübertragung auf einen Dritten erst dann Wirksamkeit erlange, wenn derjenige, welcher den Besitz im Namen des Ersteren verwaltet hat, bei der Tradition concurrirt oder von derselben durch seinen Machtgeber Nachricht erhalten hat, indem die

l. 3 §. 18 l. 47 D. de acquirenda vel amitt. poss. (41. 2.)

Digitized by Google

l. 67 D. de furtis. (47. 2.)

den offenbar hier nicht vorliegenden Fall behandeln, wo der Stellvertreter des zeitherigen Besitzes die ihm anvertraute Sache veruntraut und sich selbst widerrechtlich in den Besitz derselben gesetzt hat,

Savigny, a. a. O., S. 433 Nota 1., S. 431 Nota 2 und S. 432 Nota 1.

die l. 32, §. 1 D. de acquir. poss. (41. 2.) aber nur den Satz enthält, daß der Stellvertreter nicht quasi ex constituto den Besitz übertragen könne.

Savigny, a. a. O., S. 439 Nota 1.

Wenn es nun Behufs der Beurtheilung der vorliegenden Frage, ob die gerichtliche Beschlagnahme des Stieres legal erfolgt sei, einer bloßen summarischen Erörterung bedurfte, und dieselbe, wie im Eingange gezeigt worden, zum Nachtheile des Impetranten ausgefallen ist, so ist die Beschlagnahme wieder aufgehoben und die Verabfolgung des Stieres an den Intervenienten angeordnet worden.

8.

Der Executionsprozeß ist unzulässig, sobald nach den beigebrachten Urkunden über den erhobenen Anspruch Zweifel obwaltet, die der rechtlichen Entscheidung bedürfen.

III. Sen.-Verordn. v. 10. Aug. 1861 no. 227.

Nach §. 86 des Executionsgesetzes hat der Executionsprozeß aus öffentlichen des Anerkenntnisses nicht bedürfenden Urkunden dann statt, wenn der Grund des Anspruches daraus vollständig erhellt. Diese Voraussetzung steht in dem vorliegenden Falle zu vermissen. Nach der beigebrachten Urkunde hat sich der Besitzer der Häuslernahrung cat. Nr. 76, welchem die fragliche, von dem Rittergute Nieder-Cunewalde abgetrennte Parzelle zur Benutzung und Bebauung überlassen worden, für sich und seine Besitznachkommen anheischig gemacht, einen jährlichen Canon von vier Thalern zu bezahlen, diese Leistung in der Eigenschaft einer Reallast auf die gedachte Häuslernahrung zu übernehmen und außerdem versprochen, die ihm überlassene Parzelle auf Verlangen der Gutsherrschaft gegen Wegfall des Canons zurück zu

Digitized by Google

gewähren. Jetzt verlangt die Gutsherrschaft die Parzelle zurück. Allein der Canon ist inzwischen abgelöst und an dessen Stelle eine jährliche Rente von 4 Thlr. an die Landrentenbank getreten. Die Gegenleistung, zu deren Erfüllung die Gutsherrschaft sich erbietet und auch nur erbieten kann, ist mithin eine andere geworden, als die ursprünglich stipulirte. Ob und welchen Einfluß diese Aenderung auf das Verhältniß selbst zwischen der Gutsherrschaft und dem Besitzer der Parzelle habe, dies sind nun aber Fragen, welche nicht auf dem Wege des Executionsprozesses zur Erledigung kommen können. Letzterer verlangte vielmehr, daß nach den beigebrachten Urkunden über den erhobenen Anspruch nicht der geringste Zweifel obwalten darf.

Man hat es daher nur billigen können, daß Kläger mit seinem Anspruch zur Ausführung im ordentlichen Rechtswege verwiesen worden ist.

9.

Zur Lehre von der inhibitio in vim securitatis. — Dadurch erlangt nur der inhibirende Gläubiger ein Recht. — Natur dieses Rechts. — Voraussetzung der Geltendmachung.

III. Sen.-Erk. v. 9. Novbr. 1861 no. 88/83.*)

Nach dermaligem Rechte (Erl. Pr.O. ad Tit. XLIV. §. 2 und ad tit. XLVIII.) wird durch den Erlaß einer einfachen (nicht in Kraft der Hilfsvollstreckung erfolgten) Inhibition überhaupt nur ein persönlicher Anspruch gegen den Schuldner der inhibirten Forderung begründet. Der Zweck einer solchen Maßregel besteht, wie bekannt ist, darin, dem Gläubiger bei mißlichen Verhältnissen seines Schuldners ein künftiges Befriedigungsmittel dadurch zu sichern, daß der Schuldner in der freiwilligen Verfügung über die inhibirte Forderung

*) Der Gütervertreter in H.'s Creditwesen wollte die Exception der Zahlung eines von ihm belangten Schuldners des Cridars durch Bezugnahme auf eine, vor jener, auf Antrag eines dritten Gläubigers des Cridars, an den Beklagten erlassenen inhibitio i. v. s. elidiren. — Das OAG. (II. Sen.-Erk. v. 7. Juni 1861) erachtete diese Replik für unbeachtlich und der Leuterungssenat bestätigte. Aus dessen Rationen heben wir das im Text Gegebene aus.

Digitized by Google

thatsächlich und rechtlich gehindert wird, und wenn die Gesetze dem einzelnen Gläubiger außerhalb und ohne Rücksicht auf bevorstehende Eröffnung des formellen Concurses das Befugniß zugestehen, sich auf diese Art eine gewisse Sicherheit zu verschaffen, so liegt es, auch nach der Meinung der gegenwärtgen Instanz, in der Natur und dem Wesen dieses ganzen Rechtsinstitutes, daß durch den Erlaß eines solchen Zahlungsverbotes ein obligatorisches Rechtsverhältniß nur zwischen dem Gläubiger, welcher die Inhibition erlangt und dem Schuldner der inhibirten Forderung begründet wird, welches dritte Personen und somit auch die Gläubigerschaft eines zu dem Vermögen des Hauptschuldners — hier im Gegensatze zu dem Schuldner des mit Arrest belegten Activum — ausgebrochenen Concurses nicht ohne Weiteres für sich geltend machen und daraus unmittelbare Rechte für sich ableiten können. Anders verhält es sich allerdings mit dem in der Erl. Pr.O. ad Tit. L. 1 gedachten allgemeinen Veräußerungsverbot. Ein solches ist aber gegenwärtig gar nicht in Frage und der Grund, weshalb das allgemeine Veräußerungsverbot auch denjenigen Gläubigern zu statten kommt, welche dasselbe nicht beantragt, aber sich noch vor dessen Aufhebung gehörig gemeldet haben, liegt darin, daß selbiges eine der formellen Concurseröffnung unmittelbar vorher gehende präparatorische Maßregel ist und wieder zurückgenommen werden muß, wenn sich erweist, daß mit der formellen Concurseröffnung nicht vorgegangen werden kann.

Annalen des OAG.'s Bd. I., S. 380. Bd. II., S. 137.

Nicht minder richtig ist die Ansicht der vorigen Instanz hinsichtlich der rechtlichen Natur und der Ausführung der Ansprüche, welche der inhibirende Gläubiger gegen den Schuldner des inhibirten Activum erheben kann, wenn dieser nach Empfang der Inhibitionsverfügung in unbefugter Weise an seinen Gläubiger gezahlt hat. Es läßt sich bei der sogenannten Inhibition in vim securitatis nicht annehmen, daß der Erlaß und die Insinuation des Zahlungsverbotes einerseits und die diesem Verbote zuwider geleistete Zahlung andererseits den Gläubiger ohne Weiteres berechtige, die Zahlung für nichtig zu erklären und den Betrag des Gezahlten von dem Schuldner zu beanspruchen. Mit dem Präjudize der Nichtigkeit wird in den Gesetzen (Erl. Pr.O. ad Tit. L. 1) nur die Zuwiderhandlung gegen

Digitized by Google

das allgemeine Veräußerungsverbot bedroht. Bei Zahlungsverboten, welche unter die Bestimmungen der decis. 27 vom J. 1661 und des Erl. Reskriptes vom 19. Februar 1721 zu subsumiren sind, besteht der Rechtsnachtheil, welchen sich der betreffende Schuldner durch eine verbotswidrige Zahlung aussetzen kann, lediglich darin, daß er den Betrag des Gezahlten, so weit dies zur Befriedigung des Gläubigers nothwendig ist, ersetzen und zum Depositum herzuschaffen muß. Da die Gesetze dem Einzelngläubiger die Inhibition nur zu dem Zwecke gestatten, sich wegen einer wirklich bestehenden Forderung ein Befriedigungsmittel zu sichern und offenbar nicht zu dem Ende, um sich dadurch einen bisher noch nicht begründeten selbstständigen Anspruch an den Schuldner seines Schuldners zu verschaffen, so ist es folgerichtig, daß man zwar den Schuldner, welcher dem Zahlungsverbote zuwider Zahlung geleistet hat, für verpflichtet ansieht, den Betrag des Gezahlten aus seinen Mitteln zu ersetzen, ohne dabei die vorherige Auskagung seines Gläubigers beanspruchen zu können, dies aber, wie auch das angezogene Reskript vom 19. Februar 1721 selbst an die Hand giebt, nur insoweit, als dem inhibirenden Gläubiger ein Schaden verursacht worden ist. Es bedarf also erst der weiteren Erörterung und vor allem des Nachweises, daß und in welchem Betrage demselben die behauptete Forderung zugestanden habe. Der Anspruch des inhibirenden Gläubigers gegen den Schuldner seines Schuldners nimmt deshalb der Sache nach, allerdings den Charakter eines Entschädigungsanspruchs auf Ersatz und Wiederanschaffung dessen, was der Gläubiger erlangt haben würde, wenn der Schuldner der inhibirten Forderung dieselbe dem Zahlungsverbote gemäß gerichtlich niedergelegt hätte. Diese Grundsätze erscheinen um so richtiger, wenn man erwägt, daß durch den Erlaß eines Zahlungsverbotes der Inhibent in ein bis dahin für ihn fremdes Rechtsverhältniß eingreift und die Rücksicht auf die möglichste Wahrung seiner Rechte und Interessen nicht zu einer Härte oder Unbilligkeit gegen den fremden Schuldner führen darf.

Digitized by Google

10.

Die Hypothekarier haben sich nur dann zum Concurse verweisen zu lassen, wenn die Subhastation im Concurse erfolgt ist.*)

III. Sen.-Verordn. v. 30. Novbr. 1861 no. 361.

Die Praxis hat in älterer wie neuerer Zeit an dem Grundsatze festgehalten, daß mit Eröffnung des Concursprozesses dann nicht zu verfahren ist, wenn nach Maßgabe der vorhandenen Masse mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten steht, daß für die chirographarischen Gläubiger Etwas nicht übrig bleiben werde, da es in keiner Weise für gerechtfertigt angesehen werden kann, auf alleinige Kosten und Gefahr der hypothekarischen oder sonst prioritätischen Gläubiger ein kostspieliges Prozeßverfahren einzuleiten, welches für die in Frage befangenen bevorzugten Gläubiger keinen Zweck hat.

Die vorige Instanz hält zwar an diesem Grundsatze ebenfalls fest, allein sie glaubt, daß derselbe in dem vorliegenden Falle nicht anwendbar sei, weil die Subhastation der Grundstücke, um welche es sich hier handelt, erst dann erfolgt sei, nachdem der Concursprozeß schon eröffnet gewesen, mithin die versteigerten Grundstücke zu der Zeit, wo der formelle Concurs einzutreten gehabt, sich noch im Eigenthume des Schuldners befunden und einen Bestandtheil seines Vermögens gebildet hätten.

Das OAG. ist jedoch hierin anderer Ansicht. Es hält zunächst daran fest, daß die Subhastation der fraglichen Grundstücke im Laufe eines zwischen M.'n als Klägern und F. A. F. als Beklagten an-

*) Der vorliegende, in factischer Hinsicht aus dem Texte erhellende Fall bietet eine Erläuterung des im Rubrum aufgestellten, vom OAG. beim Rechtsprechen befolgten Satzes — Annalen Bd. I., S. 154 no. 64 — nach der Richtung, daß nicht jede Subhastation nach beschlossener Concurseröffnung als eine solche im Concurse zu gelten habe und fixirt zugleich den Gesichtspunkt, welchen das Gericht bei bevorstehender Subhastation des wesentlichsten Vermögensstückes eines Beklagten, für die Resolution auf dessen Insolvenzanzeige im Interesse der Hypothekarier festzuhalten hat.

Digitized by Google

hängigen Rechtsstreites im Executionswege vom Kläger beantragt und vom Gericht am 26. Juni 1861 anberaumt worden ist, und daß die Acten keine Spur davon enthalten, daß hierin bis zu der am 10. Sept. 1861 erfolgten Subhastation selbst irgend Etwas geändert worden wäre, woraus man darauf schließen könnte, daß die Subhastation nicht mehr zum Zwecke der Befriedigung des andrängenden Gläubigers geschehen, also einen Act der Execution gegen den Schuldner bilden, sondern daß sie nunmehr als ein davon wesentlich verschiedener auf Antrag eines Concursvertreters eingeleiteter Act der Verfilberung eines Gegenstandes der Concursmasse angesehen werden solle.

Allerdings fällt in die Zeit vor Ausführung jener Subhastation die am 13. August 1861 erfolgte Insolvenzanzeige des Schuldners F., allein diese erscheint nicht geeignet, das Rechtsverhältniß zu ändern. Kein Richter ist genöthigt, auf eine solche Submission hin jederzeit den Concursprozeß zu eröffnen. Vielmehr hat derselbe zunächst über die vorhandene Vermögensmasse und darüber sich zu vergewissern, ob nach Berichtigung der unvermeidlichen Kosten eines Concursprozesses annoch unter die Chirographarier etwas zu vertheilen sein werde, und er wird dies namentlich dann nicht unterlassen dürfen, wenn die Zwangsversteigerung des wesentlichsten Theiles des Vermögens des Cridar wegen bevorzugter Schulden desselben bereits eingeleitet ist, darnach aber auf Grund von §. 109 des Gesetzes vom 6. Nov. 1843 zu erwarten steht, daß es sich bald werde übersehen lassen, ob und inwieweit eine Befriedigung der bevorzugten Gläubiger erfolgen werde. Ergiebt sich dabei, daß ein für die gemeinen Gläubiger verwendbarer Ueberschuß aus der Pfandmasse nicht zu erwarten steht, ingleichen, daß eine pfandfreie Masse von irgend nennenswerthem Betrage nicht vorhanden ist oder doch diese und eine aus den verpfändeten Vermögenstheilen zu erwartende hyperocha zusammengenommen nicht so viel betragen würden, daß voraussichtlich nach Deckung der unvermeidlichen Concurskosten annoch etwas zur Vertheilung unter die gemeinen Gläubiger werde gelangen können, so ist mit Eröffnung des Concursprozesses nicht zu verfahren. Das Gericht hat auch diese Verpflichtung nicht verkannt, vielmehr F.'n wiederholt angewiesen, vorerst ein genaues Verzeichniß seiner Activen und Passiven zu dem Acte einzureichen, dadurch aber zu erkennen gegeben, daß es, der abgegebenen

Digitized by Google

Insolvenzerklärung F.'s ungeachtet, noch nicht in der Lage sei, wegen Eröffnung des Concursprozesses Beschluß fassen zu können.

Nun hat zwar das Gericht in der Bescheidung auf die von Klägern gegen die Eröffnung des Concursprozesses eingewendete Appellation unterm 20. August 1861 erwähnt, daß es die Concurseröffnung bereits beschlossen habe, allein es ist dieser Beschluß noch nicht zur Ausführung gebracht worden. Denn wenn auch schon am 16. August 1861 mit Bestellung eines Güter- und Rechtsvertreters verfahren, auch auf dessen Antrag einige vorläufige, wegen ihrer Dringlichkeit nicht zu verschiebende Maßregeln in Betreff der Sicherung der Masse ins Werk gesetzt worden sind, so hat das Gericht den Concursprozeß noch nicht wirklich eröffnet, weder Edictalien erlassen, noch dem Gemeinschuldner ein allgemeines Veräußerungsverbot ertheilt, noch endlich davon die nach §. 150 des Gesetzes vom 6. November 1843 erforderliche Bemerkung auf die Folien der F.'schen Grundstücke im Grund- und Hypothekenbuche gebracht.

Erfolgte nun die Subhastation der in Rede stehenden Grundstücke am 10. Septbr. 1861 bei dieser Sachlage, so kann nicht davon die Rede sein, daß dieselbe im Concurse oder für Rechnung des Concurses geschehen wäre. Der Concursprozeß war noch nicht eröffnet, die Absicht des Gerichts, dies zu thun, war noch nicht ausgeführt. Darauf, ob dies vielleicht geschehen wäre, wenn M. dies nicht rechtzeitig durch Einwendung eines Rechtsmittels gehindert hätte, kommt nichts an, es genügt, daß die Eröffnung des Concurses zur Zeit der erfolgten Subhastation noch nicht geschehen war, zumal wenn man erwägt, daß damals der Nachweis des Vorhandenseins irgend einer nennenswerthen freien Masse noch nicht geliefert war, daher auch das Gericht noch nicht übersehen konnte, ob es das Gantverfahren werde zu eröffnen haben. Darin liegt auch zugleich der Unterschied zwischen dem vorliegenden Falle und dem im

Wochenbl. für merkwürdige Rechtsf. Jahrg. 1859., S. 485.

referirten, auf den die vorige Instanz verweist. Denn in dem zuletzt gedachten Falle ist die Subhastation nach Eröffnung des Concurses vom Concursvertreter beantragt und darnach ausgeführt worden.

Es ist daher allenthalben klar, daß in dem vorliegenden Falle

Digitized by Google

a) die Ausführung der §. 109 des angezogenen Hypothekengesetzes ertheilten Vorschrift in keiner Weise sich verüberflüssigt; und

b) daß das Prozeßgericht, sobald es die Kräfte des für die gemeinen Gläubiger zu verwendenden F.'schen Vermögens, zu dem natürlich nur eine etwaige, nach Lage der Sache freilich nicht zu erwartende hyperocha der Licitationsgelder gerechnet werden könnte, erörtert haben wird, darüber anderweit in erster Instanz Beschluß zu fassen hat, ob der Concursprozeß zu F.'s Vermögen einzuleiten sei oder nicht.

11.

Rechtskraft der Locatoria erledigt das der Ehefrau im Concurse an sich zustehende prozessuale beneficium restitutionis in Bezug auf vor jener verhangene Säumnisse.

II. Sen.-Erk. v. 12. Decbr. 1862 no. 862/835.

(Nach diesem auf der Vorschrift der Erl. Proz.-Ordn. ad Tit. XLI. §. 2 fußenden Satze ward das Restitutionsgesuch der Ehefrau, welches sie in Bezug auf bei der Liquidation unterlassene Forderung von Zinsen ihres Einbringens bei dem Remedium gegen die Distributoria angebracht hatte, für unzulässig befunden.)

12.

Die Edictalladung betreffs der Ermittelung der unbekannten Erben eines Verstorbenen berührt nicht dem betr. Gericht bereits angemeldete Erbprätendenten und sind Letztere in anderer geeigneter Form zu citiren.

II. Sen.-Erk. v. 14. Mai 1861 no. 310/314. *)

Im Prozeßrechte gilt als die Regel, daß richterliche Decrete und

*) Behufs der Todeserklärung J. H. E. S.'s und der Ermittelung der Erben desselben waren Edictalien erlassen, nachdem Impetranten bereits vorher dem Nachlaßgericht ihre Erbansprüche angezeigt hatten. Im Edictaltermine waren Impetranten nicht erschienen, und sie wurden, als sie sich später meldeten, um mit den im Termine angemeldeten Erben zu theilen, in zwei Instanzen ihrer Erbansprüche für verlustig erachtet. Das OAG. reformirte, in den Rationen das oben Gegebene bemerkend, und es confirmirte der Leuterungssenat auf Rechtsmittel der Impetraten, die Gründe des Civilsenats lediglich billigend, mittelst Erk. v. 7. Decbr. 1861 no. 83/82.

Digitized by Google

insbesondere auch die Ladungsdecrete demjenigen, an welchen sie gerichtet sind, persönlich insinuirt, oder doch durch einen, die persönliche Behändigung ersetzenden Insinuationsmodus zu dessen Kenntniß gebracht werden. Die öffentliche Vorladung wird nur ausnahmsweise und subsidiär dann für zulässig angesehen, wenn sich entweder der Name oder der Aufenthaltsort einer Partei nicht ausfindig machen läßt, oder wenn die ordentliche Insinuation entweder durch die Behörde am Aufenthaltsorte der Partei, oder durch diese selbst unmöglich gemacht wird. Dies ergiebt sich, was das gemeine Recht betrifft, schon aus den wenigen gesetzlichen Bestimmungen, welche von der Edictalladung handeln, wie z. B.

cap. 1 Clem. de jud. (2. 1.)

cap. 10 X. de dolo et contum. (2. 14.)

und wird überdies in der Doctrin allseitig anerkannt;

Glück, ausführl. Erläut. der Pandecten Th. III., §. 223.

Bayer, Vorträge über den gem. ordentl. Civilprozeß, S. 352 der 7. Ausg.

Derselbe, Theorie des Concursproz. §. 49.

Heffter, System des röm. und deutsch. Civ.-Prozesses §. 431.

Im sächsischen Prozeßrechte ist dieses Princip nur nach einer Seite hin verlassen worden, nämlich insofern, als in der Erl. Pr.O. zum 41. Titel §. 2 vorgeschrieben ist, daß im Concursprozesse bekannte, wie unbekannte Gläubiger durch Edictalien vorgeladen werden sollen; dagegen hat dasselbe im Uebrigen für diejenigen Fälle, in welchen außerhalb des Concursprozesses Edictalien stattfinden, dadurch Anerkennung gefunden, daß in dem

Mandate, die Edictalcitation in Civilsachen außerhalb des Concurses betr., vom 13. Novbr. 1779. (C. A. C. II. tom I., p. 367.

im Eingange und in den weiter unten noch speciell zu erwähnenden Anfangsworten der §. II. ausdrücklich festgesetzt wird, daß das Gesetz für diejenigen Fälle bestimmt sei, in welchen die Citation unbekannter Interessenten gesucht und bewilligt werde. Diese Festsetzung wird auch durch Erwähnung der Vorschrift der Erl. Pr.O. zum 41. Titel §. 2 in §. III. des Mandats nicht alterirt. Denn es kann bei der präcisen Hervorhebung der Bestimmung des Gesetzes im Eingange und

Digitized by Google

in den Anfangsworten der §. II. nicht angenommen werden, daß diese nur beiläufige Erwähnung darauf berechnet gewesen sei, die präjudizielle Vorladung auch der bekannten Interessenten anzuordnen, und zwar um so weniger, als damit zugleich eine Abweichung von den Grundsätzen des gemeinen Rechtes sanctionirt worden sein würde, welche der Gesetzgeber jedenfalls bestimmter hervorzuheben fürer forderlich erachtet hätte. Es findet aber auch diese Erwähnung des 41. Titels §. 2 der Erl. Pr.O. darin ihre genügende Erklärung, daß die §. III. des Mandates ausschließlich den Zweck hat, das prozessualische Verfahren bei Erlassung der Edictalladung zu ordnen, von welchem jene Stelle der Prozeßordnung, ebensowie die daneben noch angezogenen Vorschriften handelt, während die erforderlichen Festsetzungen darüber, in welchen Fällen eine solche Ladung zu erlassen sei, schon in den erwähnten, vorhergehenden Stellen ausreichend getroffen waren.

Demgemäß haben nicht allein die Bl. citirten Rechtslehrer*) die Ansicht vertheidigt, daß nach sächsischem Rechte außerhalb des Concurses unter den mittelst der Edictalladung Citirten nur die unbekannten Interessen begriffen seien, sondern auch das vormalige Landesappellationsgericht in dem von Kind, quaest. for. tom. I., p. 430 ed. II. bezeugten Falle, und das OAG. in dem, in der Zeitschr. für Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. IV., S. 471 mitgetheilten Falle, sowie im Jahre 1842 in Sachen von N. und Gen. c/r. die Erben Thuisken von M. in Gemäßheit derselben erkannt.

Fragt man nun, wer als unbekannter Interessent im Sinne des Mandates anzusehen und daher als von Wirkungen der Edictalladung und der Präclusive betroffen zu betrachten sei, so giebt das Gesetz selbst im Anfange der §. II. die erforderliche Aufklärung, indem es hier von denjenigen Interessenten spricht, welche der Existenz halber oder in Rücksicht auf den Ort ihres Aufenthaltes unbekannt

---

*) Kind, quaest. for. I. cap. 65 ed. II.
Stuebel, progr. de vera indole ac vi declar. pro mortuo Lips. 1830, p. 46.
Biener, systema proc. §. 277 nota 1.
Hänsel, Bemerkungen u. Excurse ꝛc. Abth. III., S. 516
Osterloh, summarische Prozesse §. 114 Note 9 der 3. Ausg.

Digitized by Google

seien, und es stimmt dasselbe hierin mit dem überein, was, wie oben erwähnt wurde, in gleicher Richtung die gemeinrechtliche Doctrin anerkennt. Mit Rücksicht hierauf aber läßt sich nicht sagen, daß die Impetrantin und die Mitimpetranten am ersten bis mit vierten Theile bei Erlassung der Edictalien zu den unbekannten Interessenten gehört haben. Bereits im Jahre 1856, also beinahe zwei Jahre vor deren Erlassung, war durch eine von J. G. H., dem Ehemanne der Mitimpetrantin am vierten Theile unterzeichnete Eingabe der competenten Gerichtsbehörde bekannt worden, daß mehrere Personen, für welche H. handelnd auftrat, als Erben Ansprüche an den Nachlaß des nunmehr für todt erklärten Bruders des verstorbenen G. S., und um Nachricht baten, wenn über diesen Nachlaß verfügt werden sollte. Zwar war dieser Eingabe ein Nachweis darüber, daß die Veranstalter derselben wirklich Erben seien, nicht beigefügt. Allein es bedurfte zu jener Zeit eines solchen Nachweises nicht, um dieselben als bekannte Interessenten ansehen zu können, da nur daran lag, daß sie als Interessenten, d. h. als solche, welche bei der gerichtlichen Erledigung der Sache sich ein Interesse beilegen, bekannt waren. Der Erfolg dieses Bekanntseins hätte eben der sein sollen, daß sie, während man die unbekannten Interessenten zu dem Anmeldungstermine öffentlich vorlud, zu solchem eine Privatladung erhielten und hierdurch, wie jene in den Stand gesetzt und aufgefordert wurden, ihre Ansprüche bis zu dem Termine oder in demselben auszuführen und zu begründen,

Biener, systema proc. §. 277 Nota 1.

ebensowie im gemeinen Concursrechte diejenigen Rechtslehrer, welche eine öffentliche Ladung nur rücksichtlich der unbekannten Gläubiger als statthaft ansehen, als bekannte Gläubiger, denen eine peremtorische Aufforderung zum Liquidiren durch Privatladung zugehen soll, schon solche ansehen, welche früher Anträge bei Gericht gestellt haben, oder nur vom Gemeinschuldner angezeigt worden sind.

Schweppe, System des Concurses der Gläubiger §. 113.

Nächstdem ist die erwähnte Anmeldung zwar nicht von den Impetranten selbst, sondern von dem Ehemanne der einen derselben unterzeichnet. Allein es war gleichwohl möglich, durch eine Verfügung an den letzteren, um welche ausdrücklich gebeten worden war, die Namen der, nach klarem Inhalte der Schrift von ihm vertretenen meh-

Digitized by Google

reren Interessenten zu erforschen, da insbesondere auch der Wohnort H.'s, welcher zugleich der der Impetranten ist, auf der Eingabe sich angegeben findet, und hieraus sich für das Gericht die Möglichkeit ergab, den Impetranten eine Privatladung insinuiren zu lassen.

Demgemäß kann man schon dem Wortlaute des Mandates im Eingange der §. II. zufolge nicht sagen, daß die Letzteren ihrer Existenz halber, oder rücksichtlich ihres Aufenthaltes unbekannt gewesen seien, und gelangt überdies zu demselben Resultate, wenn man als weiteres Interpretationsmittel berücksichtigt, einmal daß die Edictalcitation, wie oben gezeigt wurde, überhaupt eine Ausnahmemaßregel ist, deren Zulässigkeit möglichst enge Grenzen zu stecken sind, dann aber, daß der Gesetzgeber, wie er im Eingange des Mandates ausdrücklich erklärt, bei dessen Erlassung selbst darauf Bedacht genommen hat, daß dem unbilligen Verluste rechtmäßiger Forderungen, zu welchen die Erbansprüche der Impetranten gehören, hinlänglich begegnet werden solle.

Sieht man aber letztere, wie vorstehends gerechtfertigt wurde, als bekannte Interessenten im Sinne des Mandates an, so besteht auch kein Zweifel, daß sie ihrer Erbansprüche durch den Edictalprozeß und die darin ertheilte Präclusive, welche für sie überhaupt keine Wirkung hatte, nicht verlustig worden sind.

Digitized by Google

III.

Ein Blick auf den Gang der Civil-Gesetzgebung in Sachsen. — Uebersicht der im Jahre 1862 vom Oberappellationsgerichte gegebenen Entscheidungen.

Von Dr. F. A. von Langenn.

Seit dem Jahre 1855 hat die Gesetzgebung für das Königreich Sachsen reichliche und eingreifende Resultate geliefert. In der Geschichte unseres Vaterlandes ist wohl keine Zeit so ergiebig an neuen Gesetzen gewesen, als die jetzige. Wir schließen, wie sich von selbst verstehet, hiervon dasjenige nicht aus, welches wir durch gemeinsames Wirken der deutschen Staaten erhalten haben, wie z. B. das Handelsgesetzbuch, welches wenigstens seiner Bestimmung nach, ein deutsches und nicht blos ein sächsisches Gesetz, allein doch immer auch für uns ein neues ist, ebenso die über zehn Jahre früher publicirte Wechselordnung.

Die Gesetzgebung hat sich auf beide große Felder der Jurisprudenz erstreckt, auf das Strafrecht und den Strafrechtsprozeß, ebensowie auf das Civilrecht und den Civilprozeß. Für das, was noch nicht zum Abschluß gekommen ist, stehet doch das letztere unzweifelhaft bevor, wenigstens kann man nicht vermuthen, daß irgend welcher Hinderungsgrund eintreten werde. Für das Civilrecht nehmen unter den neuen gesetzlichen Bestimmungen das

Digitized by Google

bürgerliche Gesetzbuch und das Handelsgesetzbuch den ersten Platz ein. Das letztere ist bereits in Kraft getreten, das erstere durch die ständischen Kammern gegangen und angenommen, ebenfalls verkündet, jedoch noch nicht in Geltung gesetzt worden.

Es möchte die Behauptung nicht übertrieben erscheinen, daß zu keiner Zeit auf sächsischem Boden Richter und Sachwalter und überhaupt diejenigen, welche vermöge ihres Amtes und ihrer Pflicht die neuen Gesetze anwenden und handhaben sollen, so Vieles fast auf einmal zu durchforschen und sich eigen zu machen gehabt haben, als dies jetzt der Fall ist. Als nicht zurückzuweisende Aufgabe sind, auch für den Rechtsgelehrten, die zum Theil wahrhaft organischen Gesetze zu betrachten, welche in das sogenannte Administrationsgebiet gehören, z. B. die Gewerbeordnung, und ganz besonders wird dies wichtige Gesetz die Unterinstanzen beschäftigen, weil in ihnen Justiz und Verwaltung in einer Hand liegt. Ob es möglich sein wird, diese an sich gewiß segensreiche Einrichtung auch für die Zukunft zu bewahren? Diese Frage zu erörtern, ist hier um so weniger der Ort, als auch dabei die Erfahrung abgewartet werden muß. Immerhin ist es unbenommen, den Wunsch auszusprechen, daß Verwaltung und Justiz in der untern Instanz verbunden bleiben mögen, weil, wie wir glauben, diese Verbindung ebenso zuträglich für die Justiz, wie für die Verwaltung ist. Erstere wird mit dem Leben vertrauter, letztere wird durch das Justizelement geregelter, es ist für die Gerichtsbefohlenen wichtig, wenn sie bei einer und derselben Stelle ihre Beschwerden, Klagen und Wünsche anbringen können; ein lebendiger Geist durchwehet die Justiz, ein justizmäßigeres Wesen durchzieht die Verwaltung, der Begriff der Obrigkeit in erster Instanz wird kräftiger wirken, wenn eine Trennung nicht stattfindet.

Die Urtheile über die neue Civilgesetzgebung, welche letztere wir hier besonders hervorheben, beruhen auf sehr verschiedenen Gründen und müssen demnach verschieden ausfallen. Einigen gilt kein Gesetzbuch etwas, wenn es nicht ein allgemeines deutsches

Digitized by Google

ist. Dieses Motiv lassen wir hier füglich auf sich beruhen, weil das Wort, was wir zu sprechen uns vorgenommen haben, sich mit dem beschäftigt, was vorliegt. Andere begrüßen das neue Civilgesetzbuch deshalb mit Freuden, weil alles Vorherige nun in das Reich der Vergessenheit gebracht wird und weder das römische Recht, noch das, was sonst gemeines Recht genannt wird, zum unmittelbaren Gebrauche nöthig ist. Wie viel des Wahren und des Falschen in solcher Ansicht liegt, mag, wenigstens zunächst, dahingestellt bleiben; davon aber sind wir überzeugt, daß es würdig sei, bei dem Neuen uns Gegebenen doch auch einen Blick zu werfen auf das, was war, und nicht ohne Interesse die verschiedenen Zeiten zu vergleichen, in welchen die wichtigsten unserer Gesetze zur Reife kamen.

Seit der Erblichkeit des Lehnsbesitzes an der Markgrafschaft Meißen, welche den Markgrafen Konrad 1127 übertragen ward bis zum Erscheinen der Constitutionen des Churfürsten August waren gegen 450 Jahre dahingegangen. Der Rechtszustand des Landes hatte im Anfange dieses ausgedehnten Zeitraumes mehr oder minder Aehnlichkeit mit anderen deutschen Staaten; dies vielleicht um so mehr, als durch Lage und Entstehung des wettinisch-meißnischen Territoriums zu den verschiedensten Herkommen und Gewohnheiten Anlaß gegeben war. Von einer Gesetzgebung, welche nur im Entferntesten mit demjenigen, was wir heute und dem Wesen nach seit geraumer Zeit darunter verstehen, zu vergleichen ist, konnte füglich nicht die Rede sein.

Die Staatsidee ist überhaupt bei den germanischen Völkern spät zur Anschauung gekommen, man ging überall mehr von derjenigen eines Hauswesens aus und das Lehnsystem, wie sehr es auch als geschichtliches Element für Grundlegung und Halt deutscher Staaten dem auf die Vorzeit und den Bildungsgang Rückblickenden nöthig erscheint, trug an sich genommen dazu bei, diese mittelalterlichen Anschauungen zu befördern. Dieser Zustand des Wesens im Volksleben ließ folgerecht an eine Gesetzgebung im heutigen Sinne nicht denken. Lehnherr und Vasall

Digitized by Google

fanden in den im Ganzen einfachen Grundsätzen des Lehnrechtes, welche sich aus der Verleihung und der Lehnstreue ergaben, die nöthigen Grundnormen und für verwickeltere Verhältnisse hatten Rechtsgewohnheiten, welche dem Wesen des Lehns und seinem Zwecke entsprachen, die Kraft des organischen Fortbildens. Ebenso richteten sich die Privatrechtsverhältnisse der Bewohner des Landes nach dem altväterlichen Herkommen, in welchem sich die früheren Schicksale der einzelnen Volkselemente vielfach spiegelten.

Wenn Kaiser Heinrich I. es sich zur großartigen Aufgabe stellte, die slavischen Stämme unter des Reiches Hoheit und Herrschaft zu bringen, so war doch daran nicht zu denken, daß die wendischen oder slavischen Rechtsnormen, die in Sitte und Gewohnheit ruheten, durchaus verschwanden, und wenn zum Wohle der Cultur des Landes sich im Laufe früherer Jahrhunderte flamändische Colonien auch im Meißnischen niedergelassen hatten, so behielten diese Ankömmlinge manche aus der Heimath mitgebrachte Gewohnheit als ein theures Erbstück der Väter, auch auf dem Boden des neuen Vaterlandes bei.

Es würde eine schwierige, jedoch bei einiger Hoffnung auf Gelingen belohnende Arbeit sein, zurückzugehen in die Vergangenheit und nachzuforschen, welchen Einfluß auf Cultur und sociale Verhältnisse unseres schönen Vaterlandes die slavischen und andere Verhältnisse gehabt, die vor langer Reihe von Jahrhunderten in lebensvoller Kraft bestanden und mit der Urformation geologischer Bildungen verglichen werden können.

Die Art der Ansiedelung, die Gewohnheiten, nach welchen sich die Ansiedler richteten, würden für die sächsische Rechtsgeschichte viel des Lichtes verbreiten. Unsere Gesetzgebung über Gemeinde-Theilungen und Zusammenlegung der Grundstücke mußte hier eine andere sein, wo meist in slavischer Weise die Dörfer angelegt waren, als da, wo jeder Bauerhof von dem zu ihm gehörigen Land umgeben wird. Noch klingt auch manches wendische Wort auf einzelnen Dörfern, selbst im längstgermani-

Digitized by Google

sirten Meißen, noch bezeichnet mancher Name die alten Colonien der in das Land später einwandernden Fremdlinge aus nicht wendischen Gegenden.

Es ist bekannt, daß in den Marken des Reiches, wozu Meißen gehörte, die Fürsten zeitig eine größere Selbstständigkeit ihrer Macht erhielten, als in den, wenn der Ausdruck erlaubt ist, Binnenländern.

Der Rechtszustand vor dem Einheimischwerden des römischen Rechtes und vor der als eigentliche Gesetze geltenden Sammlungen der päpstlichen Rechte zeigte gewiß die größten Mängel, wenn wir von späteren Anforderungen ausgehen.

Nach dem Falle des thüringischen Königreiches im 6. Jahrhundert erschienen die Slaven (Sorben) zwischen Elbe und Saale und dehnten sich weiter und weiter aus, beunruhigten Thüringen und gaben Veranlassung zur Gründung der Marken durch die Könige der Deutschen. So entstand auf der Höhe unfern des Einflusses eines Baches in die Elbe die Befestigung, von welcher die Mark Meißen ihren Anfangspunkt erhielt; dort führten Markgrafen das kaiserliche Regiment und ein Bisthum (unter Otto dem Großen) gesellte sich zu der Markgrafschaft.

Letztere ward seit 1127 erblich in dem Hause der Grafen zu Wettin. Verschiedene Ereignisse, deren nähere Erzählung nicht in dem Zwecke und Bereich dieses Aufsatzes liegt, erweiterten im Laufe der Jahrhunderte die wettinischen Länder, namentlich ward im 13. Jahrhundert das reiche und schöne Thüringen erworben. Das Jahr 1815 schmälerte den Besitz des Hauses Wettin; eine harte Prüfung für das edle Fürstenhaus und für das schöne Land.

Ueber vier Jahrhunderte vergingen, ehe eine größere, nur einigermaßen umfassende Gesetzgebung von den Fürsten des Landes unternommen ward. Wir finden diesen Gegensatz der neueren und neuesten Zeit fast in allen Territorien des Reiches. Nichtsdestoweniger schlummerte das Rechtsleben nicht, sondern entwickelte sich nach Verhältniß reich außerhalb der Sphäre der

Digitized by Google

Gesetzgebung. Es ist dies die Zeit, wo recht eigentlich die organische Kraft des Rechtes ohne umfassende Gesetze fort und fort wirkt und allerdings einem Zustand entgegengehet, der die Gesetzgebung zu größerer Thätigkeit auffordert.

Dieses Fortleben des Rechtes hatte aber in mehrfachen Elementen seinen Anhalt. Es gab zunächst eine Menge von Statuten und Gewohnheiten der einzelnen Städte und Orte, dann galt als Stütze die Sammlung der von Eyke von Repgow aufgezeichneten Rechtsgewohnheiten und praktischen Erfahrungen. Wir kennen dies ehrwürdige Werk unter dem Namen des Sachsenspiegels, dessen Verfasser erhalten wollte, was die guten Vorfahren auf die Nachkommen gebracht hatten von Alters her. Dies Sachsenrecht umfaßt die zwei großen damals vorwaltenden Kategorien, das Landrecht und Lehnrecht und ist zur Zeit „Friedrichs von Hohenstaufen" (zwischen 1231 und 1235) zusammengetragen, seine Geltung war eine sehr ausgebreitete im Norden Deutschlands.

Neben diesen vaterländischen Rechtsgewohnheiten trat zeitig auch in Landen der wettiner Fürsten das römische Recht auf. Nicht ein völliges Vergessen oder Verlorengehen dieses Rechtes lag zwischen seiner ehemaligen lebendigen, blühenden Wirksamkeit und der Zeit, da die Rechtswissenschaft in Italien wieder hergestellt war. Durch manche wunderbare Geschicke war dies Recht erhalten worden, die Völker germanischen Ursprunges, Gothen, Burgunder u. s. w., hatten, als sie das entnervte und verschwächlichte römische Reich des Occidents stürzten, weder das bisherige Recht der Besiegten völlig vertilgt, noch hatten sie es für sich angenommen. Es trat vielmehr ein Zustand der gleichzeitigen Geltung des mitgebrachten und des vorgefundenen Rechtes ein, je nach der Verschiedenheit der Einwohner. Das römische Recht blieb daher unbegraben von der Geschichte, wenn auch die erneuete wissenschaftliche Behandlung desselben einer späteren Zeit vorbehalten war, wo es sich mit Jugendkraft wieder erheben sollte. Dies geschah von der Rechtsschule zu Bologna

Digitized by Google

aus seit der ersten Hälfte des 12. Jahrhunderts. Die Rechtsbücher Justinians seit der Blüthe der Schule zu Bologna mit dem technischen Ausdrucke „corpus juris" bezeichnet, fanden durch Irnerius und seine Nachfolger eine zunächst durch Beischreibung erklärender Noten zum Text sich weiter verbreitende Bearbeitung. Die Glosse und deren Verfasser (Glossatoren) wurden zur didactischen und praktischen maßgebenden Autorität, Bologna selbst ward mit kaiserlicher Huld bevorrechtet, bald eröffneten sich noch andere Rechtsschulen im italischen Lande und bald verbreitete sich das Recht Justinians über einen großen Theil Europas. Eine historisch nicht zu rechtfertigende Ansicht über die Nachfolge der deutsch-römischen Kaiser an die Stelle der alten Imperatoren ließ das römische Recht als ein in legislatorischem Sinne vaterländisches erscheinen und verlieh ihm ein positives Ansehen, welches freilich eine Ausscheidung des minder Trefflichen und wirklich Schwachen von dem Classischen und für alle Zeiten und alle Völker gleich brauchbaren und mathematisch Wahren, hinderte. Es liegt in den Schicksalen des classischen römischen Rechtes eine providentielle große, weltgeschichtliche Fügung. Anfang, Ausbildung und Erhaltung dieses Theiles classischen Alterthums lassen dies nicht verkennen.

In der emporstrebenden Herrschaft des römischen Rechtes war für die mittelalterliche Kirche eine unabweisbare politisch-kirchliche Aufforderung gegeben, das Studium des canonischen Rechtes durch Sammlungen und Bearbeitungen zu heben. Seit dem 12. Jahrhundert entstanden die bekannten Sammlungen kirchenrechtlicher Normen. Schon vorher veranstaltete Sammlungen dieser Art, Concilienbeschlüsse, Entscheidungen der Päpste, die römischen Rechtsbücher, das s. g. Breviarium Alarichs des Westgothen u. a. waren die Quellen, welche Gratian im s. g. Decretum zusammenstellte und ordnete. Dieser Sammlung schlossen sich bald noch mehrere an, namentlich die von Gregor IX. veranstaltete (1234). Wenn Gratians Werk dem Digestum entsprach, so fand sich in den Decretalen Gregors die Analogie des

Digitized by Google

Codex; der Liber sextus schloß sich als Fortsetzung den fünf Büchern der Decretalen an und unter Clemens V. erhielten auch die Novellen Justinians ihr Spiegelbild in den s. g. Clementinen. Alle vier Sammlungen erlangten als corpus juris canonici clausum Gesetzkraft, und wie die Glossatoren der römischen Rechtsbücher Verständniß und praktische Anwendung durch ihre Arbeiten vermittelten und den Umfang der Geltung bestimmten, so fand ein ähnliches Bemühen hinsichtlich des canonischen Rechtes statt; auch hier traten Glossatoren auf mit „Apparatus, Distinctionen" u. s. w.

So waren es zwei große Rechtsquellen, aus welchen Jahrhunderte lang die Grundlage zur Ausbildung des Rechtslebens hauptsächlich geschöpft ward, das römische und canonische Recht. Den deutschen Rechtsbüchern mit ihren Bearbeitungen war zwar für Landrecht und Lehnrecht in den deutschen Territorien Werth und Bedeutung gesichert, sie gaben für die Rechtsgewohnheiten und deren Erhaltung einen Schutz, und Eyke von Repgow war vielleicht eben durch das steigende Ansehen jener beiden Rechtsquellen vermocht worden, den Sachsenspiegel zu verfassen, damit das echt Vaterländische nicht untergehe.

Allein die auch für die mittelalterliche Zeit fühlbare Trefflichkeit des römischen Rechtes und die politische Stellung der Kaiser, als Nachfolger, wie man wähnte, der Imperatoren, ließen mehr und mehr die alte Roma nach ihrem Falle durch ihr Recht eine Siegesbahn betreten, welche selbst die Autorität des päpstlichen Rechtes nicht hemmen konnte. Im classisch-römischen Rechte lag das Wesen einer Universalität, weil, was an sich wahr ist, wohl zurückgedrängt, aber nie unbrauchbar werden kann, so lange eine Zeit die Unbefangenheit und die Bildung besitzt, überhaupt noch für das an sich Giltige empfänglich zu sein. Diese Empfänglichkeit trat zuerst mangelhaft hervor, es fehlte theils an historischen, theils an sprachlichen, theils endlich an den feinen philosophischen Grundlagen unter den Juristen, wenn auch den Glossatoren mit Recht unsterbliches Verdienst

Digitized by Google

nachgerühmt werden muß. Mochte man häufig auf der Arbeit der Glossatoren ruhen und zu weiterem selbstständigem Quellenforschen nicht fähig oder nicht aufgelegt sein — immer blieb das römische Recht selbst aus abgeleiteter Quelle eine juridische Macht, die sich früh in die deutschen Territorien erstreckte und die Grundlage für Bildung des Rechtes abgab.

Die Erstarkung der classischen Bildung, namentlich herbeigeführt durch welthistorische Ereignisse, ließ im 15. und 16. Jahrhundert auch das Studium des römischen Rechtes erstarken und namentlich seit Cujas war ihm sein Wiederaufleben als Stück des classischen Alterthums mit objectiver Wahrheit gesichert.

Mochten aber auch erhabene Geister, die Begründer einer späteren reinen Darstellung des römischen Rechtes, auftreten, mochte man das letztere von vielen Irrthümern, namentlich der Glossatoren, entkleiden, so hatte dies nur nach und nach und sehr allmählig einen läuternden Einfluß auf die Praxis. Letztere bewegte sich in den sich vielfach durchkreuzenden Satzungen des Lehnrechtes, des canonischen und Civilrechtes, sowie der germanischen Gewohnheiten, welche als Gesetze galten. Vieles was germanisch war, maß man nach römischem Richtmaß und vieles Römische suchte man nach germanischer Rechtsanschauung zu modeln. Die eigentlichen Glanzpunkte des römischen Rechtes, die Methode und die feine Analytik der gegebenen Thatsachen unter dem Scheine der Sonne der Aussprüche der großen Rechtsgeister Roma's blieb zurück, über dem Buchstaben und über falschen historischen Voraussetzungen. Bis zum 16. Jahrhundert blieb der Rechtszustand ein trüber in vielen Theilen Deutschlands.

In den Landen der wettiner Fürsten hatten die Dicasterien die Schöppenstühle und die Juristenfacultäten, den bedeutendsten Einfluß auf die Rechtsbildung, dazu kamen im 15. und 16. Jahrhundert die Hofgerichte zu Leipzig und zu Wittenberg; es gab aber eine Menge von Streitfragen, über welche namentlich der Schöppenstuhl zu Leipzig und die Juristenfacultät daselbst sich nicht einigten und das Bedürfniß wenigstens die vorzüglichsten

Digitized by Google

auch der civilrechtlichen Fragen durch Gesetz zu entscheiden, machte sich mehr und mehr geltend. Nicht der Mangel an Rechtsquellen und Normen für den Richter, vielmehr die Menge und der Widerstreit dieser Normen unter sich, besonders aber die verschiedenartige Auslegung derselben, waren die Beweggründe, welche die bekannten Constitutionen des Churfürst August von 1572 hervorriefen.

Durch diese Gesetzgebung ward in wichtigen Fragen, welche zu Verschiedenheit der Meinungen Anlaß gegeben hatten, das Gebiet der fremden Rechte im Verhältniß zu den einheimischen näher bestimmt. Unzweifelhaft läßt sich aber aus den Constitutionen erkennen, daß das römische Recht auch in den sächsischen Ländern ein festes und weit reichendes Ansehen erworben hatte.

Wenn im 16. Jahrhundert und auch noch in der folgenden Zeit von „landüblichen sächsischen Rechten" die Rede ist, so umfaßt dieser Ausdruck kaum Etwas Anderes, als theils die vaterländischen Rechtsbücher, vor Allem den Sachsenspiegel, dann das canonische und römische Recht, die wenigen Territorialgesetze und dasjenige, was sich aus der gleichzeitigen Wirksamkeit aller dieser Elemente durch die Rechtsübung gebildet hatte (m. vergl. das schätzbare Buch von Schletter, die Constitutionen des Churfürsten August, S. 12 fg.). Jene Rechtsübung, jener Gerichtsbrauch war der Vermittler für die Anwendung aller dieser Rechtsquellen; es konnte nicht fehlen, daß er in vielen Materien die verschiedenen Dispositionen zu einem Neuen verschmolz, dessen Elemente sich auf die erwähnten Quellen zurückführen ließen, wie wenn aus verschiedenen Metallen ein Drittes durch Verschmelzung gewonnen wird.

Ein Blick in die s. g. Consultationen dürfte das Gesagte bestätigen.

Wir haben bereits darauf hingewiesen, daß die Glossatoren als hauptsächliche Autorität für das Civilrecht galten. Die Zeit, in welcher die Constitutionen des Churfürsten August vorbereitet

Digitized by Google

wurden, fand, wie bemerkt, allerdings in der Glosse eine der meist benutzten Quellen, allein eben jene Zeit gehört doch zu denjenigen, wo durch Aufleben der Wissenschaften der Blick mehr zu den Quellen selbst gerichtet ward, und wo das frische Leben, welches einst, zugleich getragen von den Anschauungen der Zeit, in der Periode der ersten Glossatoren geherrscht hatte, sich nach langer Erbleichung wieder erhob.

Das 16. Jahrhundert sah das Erwachen einer neuen Jugend der Rechtswissenschaft, wenn man die Behandlung derselben mit der das Leben fördernden Geschichte und Alterthumskunde eine neue Jugendzeit nennen kann.

Die Zeit seit den ersten Glossatoren bis in das 16. Jahrhundert ist durch die Schicksale der Rechtswissenschaft merkwürdig.

Die Constitutionen des Churfürsten August sind wohl nur zum wenigsten Theil, so viel das römische Recht betrifft, auf unmittelbare Ergründung aus den Quellen gebauet. Es wäre dies, wenn auch möglich, doch dem Bedürfniß nicht angemessen gewesen. Man wollte der Praxis durch Entscheidung von streitigen Rechtsfragen zu Hülfe kommen, nicht neue Resultate der Wissenschaft aufstellen. Nichtsdestominder ist es von großem Einfluß gewesen, daß die Männer, deren Schriften man besonders benutzte, theils Vorboten der neuen Schule sind, welche sich im 16. Jahrhundert aufbauete, theils zu dieser Schule selbst gehörten. Am meisten benutzte man solche Schriften, welche die verschiedenen Meinungen mit mehr oder minder Sorgfalt und Klarheit geordnet und zusammengestellt haben und zum Theil auch die praktische Anschauung aus Geschäften besaßen.

In einer oder der anderen Beziehung sind bekannt: Baldus, Jason, Paul de Castro, die Socini; diesen schließen sich dann, wenn auch in anderer Richtung, an: Mynsinger, ein Schüler des Ulrich Zasius, Tiraquell und mehrere. Besonders benutzt ward Mynsingers Werk: observationes camerales.

Die Constitutionen Augusts lassen schon in ihrer Ausdrucksweise erkennen, daß man sich an die römischen technischen Be-

Digitized by Google

nennungen gewöhnt hatte, ja man setzt letztere neben das deutsche Wort, um dies deutlich zu machen, z. B. „aus Vorwendung der Unwissenheit (ex capite ignorantiae)", „die väterliche Gewalt (patria potestas)". Um die richtig bezeichneten gesetzlichen Pfandrechte „so ohne ausdrückliche Bewilligung und allein von den Rechten geordnet", noch deutlicher zu bezeichnen, wird beigesetzt: „tacitae hypothecae genannt". Es geschieht dies jedoch nicht häufig, meist ist der römische Ausdruck schlechthin beibehalten und man trug Bedenken, ihn mit einem deutschen zu vertauschen, entweder damit die Deutlichkeit nicht leide, oder weil man sich der Möglichkeit, manches Römische deutsch wiederzugeben, gar nicht bewußt ward. Zuweilen sind verschiedene Institute vermischt und außerdem auf deutsche Verhältnisse übertragen, ja sogar rein lehnrechtliche Grundsätze mit diesen Mischungen in Verbindung gebracht (z. B. Const. 38 u. 39 P. II. und C. ined. 1 Abs. 8).

Das Gesetz im Ganzen durchzieht jedoch ein vaterländisches Gefühl für die ehrwürdigen Rechtsdenkmäler deutscher Vorzeit, auch trug dazu gewiß der Umstand bei, daß der Churfürst zu Sachsen „an allen Orten und Enden des sächsischen Rechtes" bei Erledigung des Kaiserthrones die Verweserschaft führte.

Ein System ist in den Constitutionen nur insoforn befolgt, als im bürgerlichen Recht die beiden Hauptkategorien geschieden wurden:

Geschäfte unter den Lebenden

„von den Parteien und unter ihnen selbst bewilligten und aufgerichteten Contracten, und was denen anhängig oder sonst gleichförmig ist" (die letzten Worte entsprechen den zugleich lateinisch an der Spitze des II. Theiles stehenden de contractibus vel quasi),

dann

von Uebergaben auf den Todesfall, Testamenten ꝛc. (P. III.)

In dem Innern dieser beiden Haupttheile ist schwer ein System zu erkennen, wiewohl man sich bemühte, zu arges Durchmischen der Einzelnheiten und Fragen zu vermeiden.

Digitized by Google

Die Gesetzgebung des Vater August hat dem Lande großen Nutzen gebracht, sie regelte manches, entschied viel des Streitigen, sie trug ohne Zweifel zum ferneren Studium des vaterländischen Rechtes bei.

Die im Laufe der Zeit immer wieder nöthig werdenden Gesetze in dem Bereiche des Civilrechts verfolgten, wie die Constitutionen, den Zweck, einzelne Rechtsfragen zu entscheiden; sie erschienen unter der Benennung von Decisionen, jedoch theilten sie nicht, wie die Constitutionen gethan, die einzelnen Materien förmlich ab. Im Ganzen stehen die älteren und neueren Decisionen in Sprache und Klarheit der augusteischen Gesetzgebung nach. Letztere erscheint, wenn der Ausdruck erlaubt ist, frischer, sie schöpft unmittelbarer aus der Quelle, oder vielmehr aus dem, was man als Quelle gelten ließ. Die älteren Decisionen von 1661, sowie die neueren von 1746 sind weniger klar, weniger präcis, leiden mitunter an Weitschweifigkeit und daher an Dunkelheit, es möchte dies namentlich von denen des Jahres 1661 gelten.

Bedenkt man jedoch die Zeiten, in welchen die beiden Gesetzgebungen 1661 und 1746 entstanden, so muß dankbar erkannt werden, daß unsere Churfürsten und die Landstände auch unter mißlichen und traurigen äußeren Verhältnissen die Regelung des Rechtes durch gesetzliche Entscheidungen sich angelegen sein ließen und auch diese Gesetze haben zum Wohle des Landes das Ihrige beigetragen. Kaum war der furchtbare Krieg vorüber, in welchem Deutsche gegen Deutsche drei Jahrzehnte stritten, in welchem außerdem schwedische Politik sich mit Länderbesitz heimisch machte auf deutscher Erde und französische List herrliche Theile Deutschlands Frankreich einverleibte und zu ferneren sogenannten Ansprüchen Gelegenheit bereitete. Kaum hatte der friedliche Pflüger die blutigen Schlachtfelder wieder zu bebauen angefangen und der dem Austausch des Ueberflusses der Länder dienende Frachtführer seinen Verkehr begonnen — als auch an die hohen Interessen des Rechtes und der Gesetzgebung gedacht ward.

Digitized by Google

Auch die Zeit der Decisionen von 1746 war eine nicht erfreuliche, denn seit dem Anfang des Jahrhunderts hatte sich der kaum aufgeblühte Wohlstand wieder geneigt und war guten Theils verwelkt. Noch fernere arge Kriegsjahre von 1756—1763 hatten Fürstenhaus und Land zu überstehen. Doch nachdem der Friedensruf, wenn auch aus dem vandalisch zerstörten Hubertusburg, erklungen war, traten bessere Tage ein, zugleich eine neue Periode für die bürgerliche und mit ihr im Zusammenhange stehende Gesetzgebung. Es waren dies die Regierungsjahre des edlen Friedrich August des Gerechten, neben welchem seines trefflichen Vaters Friedrich Christian und des wackeren Administrators Xaver dankbar zu gedenken ist. Ordnung führte zum Credit des Landes und dieser Credit gab Vertrauen in Treu und Glauben. Das Land erhob sich zum blühenden Wohlstand.

Auch die Gesetzgebung ward in Angriff genommen und vielen bereits wach gewordenen Wünschen genügt.

Man ist in unseren Tagen nur gar zu geneigt, das, was vor uns geschehen, klein zu achten, ja dasselbe lächerlich zu machen und besten Falles zu vergessen. Der unhistorische lieblose, des Dankes baare Sinn möchte es immer und immer anders haben; man läßt dabei außer Acht, daß in der Entwickelung der Staaten und der Staatsgesellschaft die organische Kraft nicht sprungweise schafft, und daß jener Leichtsinn auch für sein Vergessenwerden arbeitet.

Die Civilgesetzgebung seit Friedrich August fing einen anderen Weg zu betreten an, als den der vorigen Zeiten. Mit bloßen Decisionen von streitigen Rechtsfragen begnügte man sich für manche Materie nicht mehr. Man begann einzelne Gebiete durch systematische Gesetze möglichst zu regeln und dieser Gang der Gesetzgebung hat sich fortgesetzt und ist nächst anderen Vorgängen ein vermittelndes Element zur sogenannten Codification geworden. Zwei größere Gesetze bezeichnen zunächst die legislatorische Thätigkeit des Prinzen Xaver und Administrators der Chur Sachsen und diejenige des jugendlichen Churfürsten, welcher

Digitized by Google

1768 die Regierung antrat. Es waren diese Gesetze das Lehnsmandat von 1764 und die Vormundschaftsordnung von 1782. Das Erstere, obgleich einem hier nicht vorzugsweise zu betrachtenden Zweige des Rechtes, dem Lehnrecht gewidmet, enthält doch viele neben und bei dem Lehnrecht in Betracht kommende, civilrechtlich wichtige Sätze; vor Allem aber ist zur Charakteristik des Ganges der Gesetzgebung wichtig, daß das Lehnsmandat in möglichst systematischer Folge den Stoff zu erschöpfen suchte, wenigstens nicht blos einzelne Fragen entschied. In noch höherem Grade war dies bei der Vormundschaftsordnung von 1782 der Fall. Es lag die Aufforderung dazu in der richtigen Würdigung des Stoffes selbst, welcher ebenso die Verwaltung des Vermögens der Bevormundeten, wie die Rechtsgrundsätze hinsichtlich der Vormundschaften umfaßt. Hohen Ruhm und wahres Heil hat dies Gesetz dem sächsischen Lande gebracht. Während der Regierungszeit Friedrich Augusts wurden außer der Vormundschaftsordnung viele das Civilrecht angehende Bestimmungen verkündet, sie sind jedoch mehr oder minder nur Entscheidungen von streitigen Fragen, oder die Behandlung von Rechtsgeschäften normirende Vorschriften. Auch war die Regierungszeit Friedrich Augusts seit dem Jahre 1806 für legislatorische Arbeiten nicht eben günstig. Nach der Rückkehr des Königs in seine Lande, so weit man sie ihm nicht weggenommen hatte, geschah wieder manches Wichtige für die Gesetzgebung, und zwar nicht blos in einzelnen Decisionen, sondern in der angedeuteten umfänglichen systematischen Weise. Meist fällt jedoch nur die Vorbereitung dieser Gesetze in die Regierungsperiode Friedrich Augusts, die endliche Redaction und Verkündigung derselben in die seines Nachfolgers, dahin gehören u. a. das Mandat vom 4. October 1828 (die Rechtsgrundsätze, welche bei Hutungssachen anzuwenden betr.). Hochwichtig und einen ganzen Rechtstheil in systematischer Ordnung behandelnd, ist das Gesetz, welches die Erbfolge ohne Testament betrifft, v. J. 1829, und von jetzt an geht die sächsische Gesetzgebung immer mehr den Weg der

Digitized by Google

Systematik, oder wenn man will, der Codification einzelner Materien. Die Ablösungsgesetze nehmen hier einen der wichtigsten Plätze ein, wiewohl sie, wie natürlich, nur zum Theil civilrechtliche Grundsätze, jedoch tief eingreifende enthalten. Bei Weitem das für Civilrecht wichtigste Gesetz ist das die Grund- und Hypothekenbücher betreffende vom 6. November 1843, dem schließt sich dann an die Legislatur über kurze Verjährung gewisser Forderungen, über Wechselrecht, Personalhaft, Handelsrecht, welche zum Theil nicht rein sächsisch, sondern gemeinschaftlich deutsch ist. So wie hier angedeutet, stand dem Wesen nach die sächsische Gesetzgebung, als die ältere Idee eines bürgerlichen Gesetzbuches wieder zur Sprache kam. Viel trug, wie bekannt, dazu der Vorgang anderer Länder bei. Wir können den Gang der Gesetzgebung bis dahin als einen solchen bezeichnen, welcher sich zunächst mit Entscheidung zweifelhafter Rechtsfragen beschäftigt, dann die Behandlung einzelner Zweige des Civilrechtes sich zur Aufgabe macht und endlich das gesammte bürgerliche Recht in ein Gesetzbuch aufnimmt oder codificirt.

Ein solches Civilgesetzbuch ist für Sachsen jetzt publicirt. Hocherfreulich ist es, daß auch die thüringischen Staaten, sowie Anhalt an der Berathung Theil genommen haben, und die Hoffnung vorhanden, es werde der neue Codex des sächsischen Rechtes auch in jenen Staaten zur Geltung kommen.

Ueber die Frage, ob eine Codification anzurathen, ist viel gestritten worden. Es lassen sich darüber verschiedene Meinungen hegen. Den Streit auch nur vorübergehend hier wieder aufzunehmen, würde unnütz sein, da derselbe nun definitiv entschieden ist. Aber bezeichnen dürfen wir das Wesen des neuen Gesetzbuches mit einigen Zügen. Das bürgerliche Gesetzbuch für Sachsen hat natürlich ein System aufzustellen gehabt, namentlich einen allgemeinen und einen besonderen Theil. Es liegt in der Sache, daß eben wegen der Systematisirung Manches entschieden werden mußte, wobei man nicht auf eine bestimmt ausgeprägte Praxis oder auch nur auf mehrere in ähnlicher Art

Digitized by Google

entschiedene Fälle zurückblicken konnte, sei es um die daher gebildete Norm zur gesetzlichen zu erheben, sei es, um sie zu verlassen und ein Anderes an die Stelle zu setzen oder auch als getroffen durch andere Principien mit Stillschweigen zu übergehen. Jedoch ist dies bei verhältnißmäßig nur wenigen Vorschriften der Fall gewesen. Das meiste nahm man entweder bestätigend, oder verwerfend, oder verbessernd aus den bisherigen Gesetzen, z. B. aus der Vormundschaftsordnung, aus dem Erbfolgegesetz, Grundbuch- und Hypothekengesetz u. a. oder aus der Fülle der Erfahrungen, welche sich in dem Gerichtsbrauche und in der Literatur über selbigen vorfindet; vor Allem prüfte man den Inhalt des römischen und deutschen Rechtes; mit einem Worte, man knüpfte das Werdende an das Gewordene an, man sah in Letzterem die Anfänge oder den Hinweis auf das zu Schaffende, man redigirte im umfassendsten Sinne des Wortes den vorhandenen Stoff. Bei dem Studium des Gesetzbuches wird dem Kundigen dies nicht entgehen, und bei mancher Frage, die er dort entschieden findet, wird er sich des Vorherigen, sei es Gerichtsbrauch oder gemeines Recht, erinnern. Es wird somit das Studium des Gesetzbuches nicht zu große Anstrengung kosten. Vieles Bekannte wird dem Juristen begegnen und selbst die Abweichungen werden sich durch Vergleichung mit dem Bisherigen leichter einprägen und anwenden lassen.

Bei der Codificirung und zwar bei jeder liegt eine Gefahr nicht ganz fern, sie ist nicht unmittelbar durch das Gesetzbuch veranlaßt, sondern durch möglichen Irrthum über die Bedeutung desselben.

Mit dem Gesetzbuch nehmen wir Abschied vom römischen Rechte, als einer positiven für uns giltigen Rechtsquelle. Das römische Recht kann in Zukunft nicht mehr als geltendes Gesetz angeführt werden, ebenso wenig die sächsisches Recht enthaltenden deutschen Rechtsbücher des Mittelalters und des canonischen Rechtes.

Digitized by Google

Es ist die Befürchtung nicht ungerechtfertigt, daß man mit der Geltung des römischen Rechtes als Gesetz, auch die Giltigkeit und den Werth desselben für die wissenschaftliche Bildung des Juristen überhaupt nicht mehr anerkennen werde, trotz der von der Regierung gebotenen trefflichen Gelegenheiten für dies Studium und der Prüfungen, welche letzteres controliren sollen. Mühevolles suchen die Menschen oft von sich zu weisen und nur die eiserne Nothwendigkeit kann häufig dieses Wegwerfen verhindern. Darum ist es dringend geboten, daß auch ferner durch Vorkehrungen und Einrichtungen diesem Uebel vorgebeugt werde, ehe es zu spät ist. In Preußen und Oesterreich hat man hierin wohl manche Erfahrung gemacht und daher das Studium des römischen Rechtes seit längerer oder kürzerer Zeit zu beleben gesucht. Wenn der angehende Jurist seine Studien vollendet hat, selbst Fleiß vorausgesetzt, darf das Bemühen um immer tiefere Einsicht in das Civilrecht nicht ganz aufhören, denn letzteres wird stets die Basis wissenschaftlicher Jurisprudenz bleiben. Ist wahre Bildung an der Hand des römischen Rechtes nicht vorhanden, oder schwächt sie sich durch Vernachlässigung ab, so fehlt der durch eine juridische Logik geschärfte Geist und ohne solchen ist auch das Gesetzbuch mit Glück nicht anzuwenden. Man wird erst dann die im Willen des Gesetzgebers liegenden Zwecke vollständig erreichen, wenn die Praxis eine wissenschaftliche Grundlage hat. Nur diese letztere bewahrt vor geistloser Anwendung des Gesetzbuches, nur sie läßt eine Ausbildung des Rechtes im edleren Sinne des Wortes hoffen, und ohne Aus- und Fortbildung wird auch das beste Gesetzbuch wenig Segen bringen. Gerade hierin können uns die Römer zum Muster dienen zu aller Zeit. Die Prüfung der vom Leben gegebenen Fälle, die Entfaltung der verschiedenen Seiten, welche ein zur juridischen Beurtheilung zu bringendes Vorkommniß darbietet und dann die richtige Wahl der gesetzlichen Vorschrift als Norm für den gegebenen Fall; dies ist zuletzt der Kern der Thätigkeit des praktischen Juristen; es ist diese Thätigkeit mit der Diagnose

Digitized by Google

zu vergleichen, ohne welche es keine helfende praktische Heilkunst giebt; die juridische Diagnose aber lehren die alten Meister, die Rechtsgelehrten Roms. Das neue Gesetzbuch wird gewiß für das Land segensreich sein, aber nur unter der Bedingung, daß jene classische Methode seine Anwendung vermittelt; diese Methode soll uns das Studium des römischen Rechtes erhalten; mit dieser Methode werden wir wissen, was wir am Gesetzbuche besitzen und uns dieses Besitzthums freuen, ohne diese aber müßte Stumpfheit der Geister für unser Fach eintreten und handwerksmäßige Anwendung des Gesetzbuches würde die Stelle richtiger Handhabung desselben einnehmen. Das neue Gesetz würde für uns ein Buchstabe sein, welcher tödtet und der lebendig machende Geist würde sich von uns wenden. Sorgen wir dafür, jeder nach seiner Stellung und Kraft, daß die alte sächsische Rechtsgelehrsamkeit auch unter der Herrschaft des neuen Rechtes uns treu bleibe und dadurch dieses Recht dem theuern Vaterlande ein Palladium werde.

Digitized by Google

Uebersicht

der im Jahre 1862 vom Oberappellationsgerichte gegebenen Entscheidungen.

A.

I. oder Criminal-Senat.

	Sachen.
Bei Beginn des Jahres 1862 lagen an Criminalsachen von 1861 zur Erledigung vor:	50
Vom 1. Januar bis mit 31. December 1862 sind eingegangen:	1414
in Sa.	1464
Davon sind im Jahre 1862 abgeurtheilt und bez. sonst erledigt worden:	1404
mithin verblieben am Schluß des Jahres 1862 unerledigt: .	60

Die erledigten Criminalsachen bestanden in

54 Urthelssachen alten Verfahrens (s. unten sub 3),
94 Urthelssachen gegen Militairpersonen (vergl. Verordnung vom 13. August 1855 II. 4),
2 Untersuchungssachen wegen Hinterziehung directer Abgaben (vergl. dieselbe Verordnung a. a. O.),
1042 Urthelssachen neuen Verfahrens und
212 andere Entscheidungen in Untersuchungssachen neuen, bez. alten Verfahrens.

Der Verspruch in Criminalsachen des neuen Verfahrens erstreckte sich über

73 Nichtigkeitsbeschwerden in Verbindung mit Berufungen,
291 Nichtigkeitsbeschwerden,
568 Berufungen

und

24 Wiederaufnahme-Gesuche.

Digitized by Google

Außerdem wurde in gleichen Sachen über

92 Beschwerden,

21 Competenz-Differenzen

und

65 Auftrags-Ertheilungen

Entschließung gefaßt.

Ferner wurden 4 Verhandlungen in Gemäßheit Art. 357 und Art. 341 2 der StPO. und zwar wegen Mordes abgehalten und auf Grund derselben die in erster Instanz gefällten Todesurthel bestätigt.

Von den auf eingewendete Rechtsmittel zum Verspruch in zweiter bez. dritter Instanz gelangten Criminalsachen

1) des neuen Verfahrens

betrafen:

	Art. des StGB.'s		Art. des StGB.'s
2	öffentliche Aufforderung zum Ungehorsam . . .	125	7 Kindestödtung 159
2	Verbreitung staatsgefährlicher Lehren	127	3 Abtreibung der Leibesfrucht, incl. 2 Versuche 160
4	staatsgefährliche Schmähungen	128	3 Aussetzung hülfloser Personen 163
2	Majestätsverbrechen durch beleidigende Aeußerungen	134	5 Medicasterei 164
4	Beleidigung fremder Regenten	141	2 Tödtung aus Unbedachtsamkeit 165
24	Widersetzlichkeit	142	16 Körperverletzung 166 u. 167
11	Widersetzung gegen erlaubte Selbsthülfe . .	143	4 Raub, incl. 2 Versuche 177
1	Widersetzung gegen Behörden	144	14 Nothzucht, incl. 11 Versuche 180
8	Störung des Hausfriedens	151	21 Unzucht mit Kindern . . 183
1	Befreiung von Gefangenen	152	4 widerrechtl. Freiheitsberaubung 197
3	gewaltsame Befreiung .	153	8 Nöthigung 201
10	Mord, incl. 4 Versuche	155	10 Bedrohung 206
			14 Brandstiftung, incl. 1 Versuch und 2 in Concurrenz mit Diebst. . . 208

Digitized by Google

Art. des StGB.'s		
1	Inbrandsteckung eigener Gebäude	210
20	Meineid	221 u. 222
5	leichtsinnigen Falscheid	227
8	wahrheitswidrige Aussage	229
1	Schmähung in Beziehung auf Religion und Cultus	232
39	Verleumdung	235
98	Beleidigung	239
2	Pasquill	242
6	thätliche Angriffe auf die Schamhaftigkeit	244
9	unerlaubte Selbsthülfe	247
5	Ehebruch	259 u. 260
120	einfache Diebstähle, incl. 20 in Concurrenz mit anderen Verbr. und 49 unter Anwendung des Art. 300	272—276
124	ausgezeichnete Diebstähle, incl. 10 Concurrenzfälle und 36 unter Anwendung des Art. 300	278
1	Verbindung zu bewaffnetem Diebst.	280
9	Erpressung	281
89	Betrug, incl. 30 Concurrenzfälle, und 9 unter Anwendung des Art. 300	284 u. 285
16	Betrug bei Verträgen	286
93	Unterschlagung	287
1	Fundunterschlagung	291
14	Partirerei	292
7	gewerbmäß. Partirerei	293
3	Entfremdung	302
1	Entwendung von Eßwaaren	303
8	böslichen Bankrott	304
6	leichtsinnigen Bankrott	307
1	leichtsinniges Aufborgen	309
6	Hinterziehung der Hülfsvollstreckung	310
17	Fälschung	311
2	Täuschung in Hinsicht auf persönliche Verhältnisse	313
3	Falschmünzen	320
4	widerrechtliche Benutzung ꝛc.	330
8	Beschädigung fremden Eigenthums	335
11	Winkelschriftstellerei	339
3	Wucher	340
2	Incest	349
1	gewerbmäßige Unzucht	354
2	Beförderung der Unzucht	355
2	Kuppelei	356
7	Verletzung der Sittlichkeit	360
2	Thierquälerei	361
1	Amtsmißbrauch	362
1	unbefugtes Eindringen in fremde Geheimnisse	373

Digitized by Google

Hierübet sind noch zum Verspruch gelangt:

3 Sachen, in welchen, auf Grund der Nov. XXX. zu der Strafprozeßordnung vom 25. Septbr. 1861 von Sr. Majestät dem Könige ein drittes Erkenntniß, und

1 Sache, in welcher auf Grund der Nov. XXXIII. eine Zulassung zur anderweiten Nichtigkeitsbeschwerde aus Gnaden gestattet worden war.

Endlich haben bezüglich des Gesetzes die Angelegenheiten der Presse betr. vom 14. März 1851

3 Fälle,

bezüglich des Gesetzes: die Beschädigung von Eisenbahnen und Telegraphen u. s. w. betr.

1 Fall,

ferner bezüglich des Gesetzes: die Forst-, Feld-, Garten-, Wild- und Fischdiebstähle betr.

27 Fälle,

nicht minder bezüglich des Gesetzes: gegen die Theilnahme am Lotto und den Vertrieb auswärtiger Lotterieloose vom 4. Decbr. 1837

2 Fälle

zur Entscheidung vorgelegen, auch wurden in Criminalsachen des neuen Verfahrens auf eingewendete Nichtigkeitsbeschwerden überhaupt

87 Urthels-Cassationen

ausgesprochen.

2) Von den in Untersuchungssachen gegen Militärpersonen zu versprechenden Fällen betrafen:

2 Achtungsverletzung,	1 Fälschung,
1 dergleichen mit Thätlichkeiten,	1 eigenmächtige Entfernung,
1 Bedrohung,	1 Körperverletzung,
1 thätliche Beleidigung einer Piquetpost,	1 Meineid,
	1 Nöthigung,
1 Beleidigung,	1 Subordinationsvergehen,
4 Befreiung Gefangener,	1 leichtsinniges Schuldenmachen,
10 Betrug,	4 Störung des Hausfriedens,
23 Desertion,	1 dergleichen mit Gewalt,
40 Diebstahl, incl. 5 an Kameraden,	1 Täuschung der Behörde,
	1 Thätlichkeiten an einem Unteren,

Digitized by Google

1 Todtschlag,
4 Trunkenheit außer Dienst,
2 Trunkenheit auf Posten,
8 Ungehorsam,
6 Unterschlagung,
3 eigenmächtige Veräußerung von Bekleidungsstücken,
1 Wilddiebstahl,
23 Widersetzlichkeit,
2 dergl. unter erschwerenden Umständen,
2 dergl. unter den Waffen,
3 Zügellosigkeit.

3) Von den nach dem alten Verfahren geführten und zum Verspruch in zweiter Instanz vorgelegenen Criminalsachen, von welchen

50 von Schönburg'schen Justizbehörden geführt*)

und

1 aus den übrigen Landestheilen einberichtet worden,**)

betrafen:

1 Abtreibung der Leibesfrucht,
1 Bedrohung,
1 Beleidigung,
9 Betrug,
28 Diebstahl,
2 Erpressung,
1 leichtsinnigen Falscheid,
1 Fälschung,
1 Hausfriedensbruch,
1 Medicasterei,
2 Partirerei,
1 Raub,
3 Tödtung aus Unbedachtsamkeit,
2 unerlaubte Selbsthülfe,
5 Unterschlagung,
1 widernatürliche Unzucht,
1 Widersetzung gegen erlaubte Selbsthülfe.

B.

II. oder Civil-Senat.

(Vergl. diese Annalen Bd. I., S. 4, 6 und 10.)

Bei Beginn des Jahres 1862 lagen zum Verspruch aus dem Jahre 1861 vor: . . . . . 70 Sachen,

vom 1. Januar bis 31. December 1862 sind eingegangen: . . . . . 948 =

Sa. 1018 Sachen.

*) Vergl. Verordn. die Public. d. StPO. betr. sub 8.

**) Vergl. dieselbe sub V.

Digitized by Google

Davon sind im Jahre 1862 vorgetragen und erledigt worden: . . . . . 935 Sachen.

Es verblieben sonach noch unerledigt: . . . . . 83 Sachen.

Von den vorgetragenen Sachen gehörte die Mehrzahl dem eigentlichen Obligationenrechte an. An besonderen Kategorien können ausgezeichnet werden theils nach dem Objecte, theils nach dem besonderen Forum:

7 Auszugs-Differenzen,
14 Besitzstreitigkeiten,
24 Concurse,
39 Dotations- und Alimentations-Ansprüche,
2 Edictalien außerhalb des Concurses,
162 Ehesachen (incl. 34 wegen Ehebruchs),
1 Frohnen und Dienst-Verpflichtungen betr.,
7 Fiscalische Prozesse,
1 Grenzstreitigkeiten,
49 Handelsgerichtssachen,
2 Jagdbefugnisse u. w. d. a. betr.
4 Illaten,
1 Lehngeld,
4 Mieth- und Pachtdifferenzen,
1 Nachdruck betr.
90 Sachen, welche theils eigentliche Servituten, theils diesen analoge Verhältnisse, z. B. Wasser- und Wegestreitigkeiten, Grabenräumung, Wiederherstellung von Baulichkeiten u. s. w. betreffen,
1 Unterthanen-Berechtigungen betr.,
18 Wechselsachen,
1 Wegebau betr.

C.

III. oder Leuterungs-Senat.

(Vergl. diese Annalen Bd. I., S. 5, 6 und 11.)

Bei Beginn des Jahres 1862 lagen aus dem Jahre 1861 zum Verspruche vor: . . . . . 7 Sachen,

Vom 1. Januar bis 31. December 1862 sind eingegangen: . . . . . 71 =

in Sa. 78 Sachen.

Davon sind im Jahre 1862 abgeurtheilt worden . . 74 =

mithin verbleiben noch unerledigt: . . . . . 4 Sachen.

Digitized by Google

D.

Extrajudicial-Senat.

(Vergl. diese Annalen Bd. I., S. 5, 6 und 11.)

Bei Beginn des Jahres 1862 lagen aus dem Jahre 1861 zur Entscheidung vor: . . . . . 14 Sachen.

Vom 1. Januar bis 31. December 1862 wurden einberichtet: . . . . . 169 =

in Sa. 183 Sachen.

Davon sind im Jahre 1862 vorgetragen worden: . . 170 =

mithin blieben noch unerledigt: . . . . . 13 Sachen.

Hierüber ist noch zu erwähnen, daß die Ordinarregistranden

1) des II. Senats 142 Eingänge,

2) = III. = 175 =

enthalten, welche theils durch collegialische Beschlüsse, theils durch Decretur sofort erledigt worden sind.

Digitized by Google

Präjudizien.

I. Civilprozeß.

13.

Competenz in Betreff der private Interessen störenden Benutzung des Wassers öffentlicher Flüsse.

II. Sen.-Erk. v. 26. Septbr. 1862 no. 579/535.

Die zwischen den Parteien verhandelte Differenz bezieht sich darauf, daß nach der Behauptung des Klägers durch die von dem Beklagten Behufs der Bewässerung seiner Wiesen bewirkte Ableitung von Wasser aus dem von dem Elsterflusse abgeführten Mühlgraben für die unterhalb der Wiedereinmündung dieses Mühlgrabens in den Elsterfluß gelegenen, der Stadtgemeinde zu Leipzig gehörigen Mühlen Wassermangel verursacht worden sei, die Wirkung jener Wasserableitung demnach noch über den Mühlgraben selbst hinaus sich ausgedehnt und die Wassermenge des Elsterflusses selbst beeinträchtigt habe. Es handelt sich mithin um eine Differenz über die Benutzung, beziehentlich den theilweisen Verbrauch von Wasser eines öffentlichen Flusses, als unter welche Kategorie von Flüssen die Elster nach dem Befehl wegen der zu Anlegung neuer Mühlen zu ertheilenden Concessionen vom 7. October 1800 in Verb. mit dem Generale, die Anlegung neuer Mühlen ꝛc. betr., vom 8. Mai 1811 zu stellen ist. Auch nach der Ansicht des OAG.'s gehören aber derartige Streitigkeiten nicht vor die Justizbehörden, sondern vor die Verwaltungsbehörden und hiermit

Digitized by Google

hat sich auch das K. Ministerium des Innern, mit welchem man sich deshalb in Vernehmung gesetzt, einverstanden erklärt. Auch ganz abgesehen von der Frage, ob der in Rede stehende Mühlgraben als ein solcher im eigentlichen Sinne oder als ein Arm und mithin als ein integrirender Bestandtheil des Elsterflusses zu betrachten sei, konnte daher die gedachte Differenz im Rechtswege nicht weiter fortgestellt werden, und es war deshalb die Entscheidung der vorigen Instanz, daß das Suchen des Klägers im Justizwege nicht Statt habe, lediglich zu bestätigen.

14.

Zu §. 8 2 und 11 des Competenzgesetzes v. 28. Jan. 1835 A. — Streit über die Verbindlichkeit zu Unterhaltung einer Brücke über einen öffentlichen Fluß.

II. Sen.-Erk. vom 6. Novbr. 1862 no. 736/738.*)

Nach §. 8 sub 2 und §. 11 des Competenzgesetzes vom 28. Jan. 1835 sub A. tritt unter andern bei Streitigkeiten über Staats- und Communleistungen — zu welchen letzteren ein Streit über die Verbindlichkeit zur Herstellung und Unterhaltung von Communicationswegen und der dazu nöthigen Brücken ohne Zweifel gehört — der Rechtsweg nur dann ein, wenn sich Jemand dabei nicht blos auf Gesetze, Provinzialortsstatuten und allgemeine Grundsätze, sondern auf besondere Rechtstitel, Privilegien, rechtskräftige Entscheidungen, Privatwillenserklärungen, Verjährung oder Herkommen bezieht.

Auf einen Rechtstitel dieser Art hat sich aber die Klägerin in ihrer Klage nicht bezogen, vielmehr die Verpflichtung des Beklagten zur Herstellung und Unterhaltung der fraglichen Brücke im Wesentlichen auf die Bestimmungen des Straßenbaumandats vom 28. April 1781 §. 9 c. d., mithin auf ein, Verhältnisse des öffentlichen Rechtes betreffendes Gesetz zu gründen versucht. Ob nach diesem Gesetze und insbesondere in Berücksichtigung des §. 9 sub c. und d. der Staats-

*) Klägerin, eine Landgemeinde, klagte gegen den Staatsfiscus auf Herstellung und Unterhaltung einer einen Communicationsweg verbindenden Muldenbrücke. Die Klage wurde als nicht zu Competenz der Justizbehörde gehörig, in drei Instanzen abgewiesen.

Digitized by Google

fiscus, sei es nun als Eigenthümer des Flusses, oder weil ihm als Inhaber der Fährgerechtigkeit auf diesem Flusse das Befugniß ein Fährgeld zu erheben oder erheben zu lassen, zustehe, zum Bau und zur Unterhaltung der an die Stelle der früheren Fähre getretenen Brücke verbunden sei, ist eine Frage, die überhaupt nicht zur Cognition der Justizbehörde gehört und worüber sich bereits die oberste Verwaltungsbehörde ausgesprochen hat. Ob ferner die Eigenschaft der Zwickauer Mulde als eines öffentlichen Flusses und die damit in Verbindung stehende Fährgerechtigkeit des Staates auf gesetzlicher Bestimmung oder auf einem älteren, durch die angezogenen Gesetze sanctionirten Herkommen beruhen, ist, wie die vorige Instanz bereits bemerkt hat, ganz einflußlos, weil nach der Vorschrift in §. 11 des Gesetzes sub A. vom 28. Januar 1835 ein Herkommen als Rechtstitel im vorliegenden Falle nur dann berücksichtigt werden könnte, wenn es die Verpflichtung des Staatsfiscus zum Bau und zur Unterhaltung der streitigen Brücke direct und unmittelbar beträfe. Darauf aber, daß der Staatsfiscus diese Brücke gebaut und seither unterhalten habe, hat sich die Klägerin nicht bezogen, sondern selbst angeführt, daß dieselbe von den Besitzern eines von der Staatsregierung mit der Concession zum Halten einer Fähre versehenen Privatgrundstückes, des sogenannten Fährhauses, beziehentlich errichtet und im Stande erhalten worden sei. Was diese Privatpersonen behufs der Ausübung der ihnen ertheilten Concession durch Herstellung und Instandhaltung einer Brücke gethan haben, kann um so weniger dazu dienen, eine herkömmliche Verpflichtung des Beklagten civilrechtlich zu begründen, als die Besitzer des gedachten Grundstückes nicht ein dem Staatsfiscus gebührendes, sondern ein ihnen selbst verliehenes Befugniß gewerbmäßig betrieben haben. Auch ist nach privatrechtlichen Grundsätzen in der Regel Niemand verbunden, ein ihm zustehendes Recht im Interesse Anderer, auf seine Kosten auszuüben und am wenigsten würde man behaupten können, daß der Inhaber einer Fährgerechtigkeit, mag er nun dieselbe benutzt haben oder nicht, civilrechtlich verbunden sei, statt der Fähre, eine Brücke für die Passanten anzulegen und zu unterhalten.

Digitized by Google

15.

Ueber die Prozeßlegitimation des Actors einer milden Stiftung.

II. Sen.-Erk. v. 17. Octbr. 1862 no. 585/603.

Kläger hat sich als Actor der N.-A.'schen Stiftung durch das von dem Ger.-A. D. unter Bezugnahme auf eine unterm 13. Juni 1860 ergangene Kreisdirectionsverordnung ausgestellte Actorium legitimirt. Die erste Instanz hat die gedachte Prozeßlegitimation für ungenügend angesehen und deren Vervollständigung angeordnet, weil das Actorium nur von den Gerichten zu D. und nicht von sämmtlichen Administratoren der Stiftung vollzogen worden sei. Dagegen hat die zweite Instanz diese Anordnung in Wegfall gebracht, weil das auf Anordnung der Kreisdirection zu D. ausgefertigte Actorium zur Legitimation des darin benannten Sachwalters für gegenwärtigen Rechtsstreit auch ohne Nachweis des Einverständnisses derjenigen Privatpersonen, welche nach §. III. der Stiftungsurkunde bei der Verwaltung der N.-A.'schen Stiftung betheiligt seien, ausreiche. Das OAG. hat aus folgenden Gründen in Verfolg der ersten Beschwerde des Beklagten sich veranlaßt gefunden, auf Vervollständigung der Prozeßlegitimation des klagenden Actors zu erkennen.

Obwohl zufolge des durch die Verordnung vom 9. Octbr. 1841 (Ges.- u. V.-Bl. v. J. 1841, S. 239) eingeschärften Regulatives v. J. 1782 die Cognition über die Entscheidung der Frage, ob für eine milde Stiftung ein Actor zu bestellen sei, der Consistorialbehörde zusteht, so ist dennoch, sobald von letzterer die Bestellung eines Actors angeordnet, beziehentlich genehmigt worden ist, von den Vorstehern der Stiftung selbst die für den erwählten Actor auszustellende Vollmacht zu vollziehen, da ihre Verbindlichkeit hierzu in ihrer Stellung als Curatoren der Stiftung begründet ist. Eine Ausnahme von der Regel wird zwar dann eintreten, wenn die Administratoren selbst am Ausgange des einzuleitenden Prozesses ein Interesse haben oder der Einleitung und Fortstellung desselben widersprechen, oder die Consistorialbehörde aus einem sonstigen Grunde für angemessen erachtet, daß die Bevollmächtigung nicht durch die dermaligen Administratoren,

Digitized by Google

sondern durch andere deshalb zu erwählende Vorsteher, oder durch die der Stiftung selbst unmittelbar vorgesetzte Aufsichtsbehörde erfolge.

v. Weber, systeм. Darstell. des sächs. Kirchenr. Thl. 1 Abth. 2, S. 773, Thl. 2 Abth. 3, S. 839 und 848 ed. 1 und Bd. 2, S. 590 not. 56 ed. 2.

Im vorliegenden Falle ist die im Actorium angezogene Kreisdirectionsverordnung nicht beigebracht worden und mithin nicht zu ersehen, ob die Kreisdirection darüber, ob der Actor von den Gerichten zu D. allein zu bestellen und in welcher Maße das Actorium zu vollziehen sei, eine Anordnung getroffen hat. Man hat daher für angemessen erachtet, daß zunächst von dieser Verordnung beglaubte Abschrift zu den Acten gebracht werde, damit künftig, so weit nöthig, nach Einsicht derselben Beschluß gefaßt werden könne, ob die Vollziehung derselben Seiten der Gerichte zu D. genüge oder nicht.

16.

„Daß Beklagter nach Inhalt der beiliegenden Rechnung vom Kläger zu den daselbst angegebenen Zeiten die dort bemerkten Waaren um die beigesetzten Preise erkauft und erhalten" genügt zu Begründung der — auf Eid stehenden — actio venditi.

II. Sen.-Erk. v. 5. Juni 1862 no. 356/365.

Die vorige Instanz hat das (in der Ueberschrift wörtlich ausgehobene) Vorbringen, so weit es das geforderte Kaufpretium anlangt, deshalb für unschlüssig erachtet, weil dasselbe ungewiß lasse, ob Kläger hierunter in Betreff jeder einzelnen Waarenpost ausdrücklich vereinbarte oder solche Preise, welche er als kundübliche einseitig zu berechnen, sich für befugt erachte, gemeint habe. Das OAG. vermag dieser Ansicht nicht beizupflichten, weil die Bedeutung des Ausdrucks: „eine Sache um oder für einen bestimmten Preis kaufen" nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche an die Hand giebt, daß von dem Käufer für die vom Verkäufer überlassene Sache ein bestimmter Kaufpreis verwilligt worden ist. Wenn daher das Klagvorbringen zu der Annahme, daß die geforderten Preise nicht ausdrücklich vereinbart, sondern von dem Kläger einseitig berechnet worden seien, keine Veranlassung giebt,

Digitized by Google

so hat dem Kläger eine Verpflichtung, die Art und Weise des Zustandekommens des Inhalts der Klagbeilage zu verschiedenen Zeiten und über eine große Menge einzelner Gegenstände abgeschlossenen Käufe und der jedesmaligen Feststellung der Preise, wie von voriger Instanz angenommen worden ist, erläuternd darzulegen, nicht obgelegen.

17.

Eine Reformatoria nach dem Rechtsmittel einer Partei kann — selbst angenommen, daß dieses Resultat ein derselben materiell ungünstiges ist — nicht durch ein anderweites Rechtsmittel derselben — also auch nicht durch Adhäsion*) — angefochten werden.

II. Sen.-Erk. v. 12. Juni 1862 no. 372/371.

Wenn die vorige Instanz die dem Beklagten in dem erstinstanzlichen Erkenntnisse nachgelassenen Eide in Wegfall gebracht und die Entscheidung lediglich von Leistung der den Klägern auferlegten Eide abhängig gemacht hat, so hat sie damit nur demjenigen entsprochen, was von den Klägern selbst durch die von ihnen gegen das Urthel erster Instanz eingewendete Berufung bezweckt worden ist. Mögen daher auch die Kläger durch diese Abänderung in eine ungünstigere Lage versetzt worden sein, so ist dies doch ein Nachtheil, welchen sie sich selbst zuzuschreiben haben, nicht aber zu Ergreifung eines anderweiten Rechtsmittels benutzen können. Denn indem sie gegen das erstinstanzliche Erkenntniß remedirten, unterwarfen sie sich für den Fall, daß ihren Beschwerden durch die darauf zu fällende Entscheidung abgeholfen werden sollte, der letzteren schon im Voraus. Daß aber derjenige, welcher sich einem richterlichen Ausspruche ausdrücklich oder stillschweigend, direct oder indirect unterwirft, diesen nicht wieder zum Gegenstande eines Rechtsmittels machen kann, läßt sich nach den über die Rechtskraft bestehenden Grundsätzen nicht füglich in Zweifel ziehen. const. 5 de re jud. (VII. 52.)

*) Man hat hierbei die weite Auffassung des gravamen commune (Annalen Bd. IV., S. 369 fg.) zu berücksichtigen, indem, wenn des Gegners Rechtsmittel die gleiche Tendenz verfolgen sollte, dann nach Befinden, resp. unter dem Gesichtspunkte des Compromisses die Adhäsionserklärung von Gewicht werden kann.

Digitized by Google

Wenn daher die Kläger der von dem Beklagten eingewendeten, auf Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung gerichteten Appellation sich angeschlossen haben, so stellt sich diese Adhäsion als unstatthaft dar.

18.

Restitutio in integrum wegen Fristversäumnisse des Sachwalters.

II. Sen.-Erk. v. 3. Juni 1862 no. 382/349.

Beklagter hatte weder auf die Klage sich eingelassen, noch gegen den Contumacialbescheid Berufung eingewendet. Erst nach eingetretener Rechtskraft appellirte er gegen diesen Bescheid und bat, beziehentlich unter Ueberreichung des Einlassungs- und Exceptionssatzes, um Restitution wegen jener von seinem früheren Sachwalter verhangenen Versäumnisse. Die zweite Instanz (AG. Zwickau) hat diese Restitution ertheilt und nunmehr mit Rücksicht auf die Beantwortung der Klage in der Sache erkannt. Zunächst hiergegen ist Klägers jetzige Appellation gerichtet.

Offenbar befindet Kläger sich im Irrthum, wenn er meint, Beklagter habe nur mittelst förmlicher Rescissionsklage Restitution suchen können. Dies würde nur dann richtig sein, wenn es sich um eine civilrechtliche Restitution handelte. Hier aber ist eine solche nicht, sondern nur eine prozessualische Restitution in Frage, indem sie gegen die Nachtheile des Versäumnisses an Prozeßhandlungen, welche innerhalb gewisser Nothfristen vorzunehmen waren, gesucht wurde.

Hiernächst ist der vorigen Instanz lediglich beizupflichten, wenn sie den Gegenstand des gegenwärtigen Rechtsstreites als einen solchen bezeichnet, welcher wenigstens auf Seiten des Beklagten eine Schätzung nicht zulasse. In solchen Fällen aber wird nach einem constanten Gerichtsbrauche, wenn der Grund der Restitution aus den Acten selbst hervorgeht, der Partei die beantragte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die nachtheiligen Folgen der Fristversäumnisse ihrer Sachwalter brevi manu ertheilt. Hiernach hat auch im vorliegenden Falle die vorige Instanz den Beklagten mit Recht restituirt. Die Auslassungen des Beklagten Bl. sind nicht geeignet, ein gegründetes

Digitized by Google

Bedenken dagegen hervorzurufen; denn wenn auch die Restitution in der Regel dann versagt werden muß, wenn der dieselbe suchenden Partei durch ein aus einer unrichtigen Rechtsansicht hervorgerufenes Verfahren des Sachwalters Schade entstanden ist,

Zeitschr. für Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. XIII., S. 327 fg. Bd. XVIII., S. 128 fg.

Annalen des OAG.'s, Bd. I. S. 463 no. 86.

so kann doch das, womit der Sachwalter des Beklagten das Unterlassen der Klagbeantwortung gegen seinen Clienten entschuldigt haben soll, nicht als eine irrige Rechtsansicht dieses Sachwalters angesehen werden und es ist eben nur das Versäumniß an Nothfristen, um welches es sich hier handelt; auf einen solchen Fall aber sind die in jenen Präjudizien ausgesprochenen Grundsätze nicht anwendbar.

19.

Gesichtspunkte für Beurtheilung der Zulässigkeit einer provocatio ex lege diffamari wider Genossenschaften auf Grund der Berühmung ihrer Verwalter.

II. Sen.-Erk. v. 26. Juni 1862 no. 419/429.*)

Die Provocanten haben darauf, daß der Brauverein durch seine Vertreter R.'n zur Geltendmachung des von diesem bei dem Ger.-Amte S. angemeldeten Anspruchs besonders autorisirt oder diese Anmeldung nachträglich genehmigt habe, nicht einmal sich zu beziehen vermocht, vielmehr nur so viel beigebracht, daß der Brau- und Malzcassenvorsteher von dem Brauausschusse und dem Stadtrathe zu S. gemeinschaftlich gewählt werde und als solcher die Malz- und Braucasse zu verwalten habe. Nun stellt sich jedoch die von R.'n bewirkte Anmeldung der fraglichen Forderung als eine Handlung dar, welche mit dem Geschäfte eines Cassirers — bestehend vornehmlich in der

*) Der Brau- und Malzcassenvorsteher des Brauvereins zu S. hatte bei dasigem G.-Amte als Nachlaßbehörde für R.'s Verlassenschaft eine „der (gedachten) Casse" zuständige Forderung angemeldet. B.'s Erben provocirten auf Grund dessen die Mitglieder des Ausschusses jenes Vereins. Das OAG., conform mit der IIda (AG. Zwickau), befand diese Klage für unschlüssig.

Digitized by Google

Vereinnahmung der für die Casse eingehenden Gelder, in der Bestreitung der der letzteren zugewiesenen Ausgaben und in der in beiderlei Hinsicht abzulegenden Rechnung — ebenso wenig in unmittelbarer Verbindung steht, als sie auf Grund des allgemeinen Auftrags welcher in der Uebertragung einer Cassenverwaltung liegt, vorgenommen werden kann. Auch geht aus der im Laufe des Prozesses in beglaubigter Abschrift zu den Acten gekommenen Instruction des Malz- und Braucassenvorstehers nichts hervor, was die Annahme einer dem letzteren in der vorstehend angegebenen Richtung zustehenden, weitergehenden Ermächtigung rechtfertigte. Hiervon abgesehen, folgt aber auch daraus allein, daß K. bei der Anmeldung jene Forderung als eine solche bezeichnete, welche der Malz- und Braucasse zukomme, noch nicht so ohne Weiteres, daß es sich dabei wirklich um einen, dem Brauverein gebührenden Anspruch handle, und sonach gebricht es der vorliegenden Klage auch in dieser Richtung an dem Nachweise eines der wesentlichsten Erfordernisse der provocatio ex lege diffamari, nämlich an dem Nachweise, daß die ad agendum aufgeforderte Partei auch diejenige sei, welcher die Verpflichtung zur Anstellung der Hauptklage obliege. Wäre aber auch von den Provocanten das in den angegebenen Beziehungen Nöthige beigebracht worden, und demnach der Brauverein wirklich als derjenige anzusehen, welcher für die Handlungsweise K.'s verantwortlich sei, so würde es sich doch immer noch fragen, ob die Provocationsklage gegen die Ausschußmitglieder des gedachten Vereins habe gerichtet werden können, da die im §. 16 der confirmirten Brauordnung enthaltene Bestimmung ein sicheres Anhalten dafür, daß der Ausschuß auch zur Besorgung der prozessualischen Angelegenheiten des Vereins berufen sei, nicht darbietet, vielmehr theils ihrem Wortlaute, theils dem Zusammenhange nach, in welchem sie mit den folgenden Paragraphen steht, mit Zuverlässigkeit nur auf die Ermächtigung des Ausschusses zu Leitung und Verwaltung der inneren Angelegenheiten des Vereins sich beziehen läßt.

Digitized by Google

20.

Ueber die Befugnisse eines Civilgerichts, welches in einer Schiedsgerichtssache „zu Leitung des Beweisverfahrens" autorisirt ist.

II. Sen.-Erk. v. 24. Juni 1862 no. 305/415.

Beklagte haben keinen genügenden Grund, durch das Erkenntniß Bl. sich für beschwert zu achten, insofern dort erkannt worden ist, daß ihrem Gesuche um Abnahme des in der Erl. Proz.-O. ad Tit. 24 §. 3 vorgeschriebenen Eides und Anberaumung eines anderweiten Productionstermins, so lange nicht über die Zulässigkeit dieses Antrages von dem Schiedsgerichte entschieden worden sein werde, Seiten des Prozeßgerichts keine weitere Folge zu geben sei. Denn die Competenz des Ger.-Amts im Bez.-Ger. Leipzig zu einer Einmischung in die vorliegende privatrechtliche Irrung beruht, da ein förmlicher Prozeß, welcher regelmäßig mit der Klaganstellung zu beginnen hat, nicht vorliegt, überhaupt, wie Beklagte sich selbst bescheiden, nur auf dem durch die Submission unter das schiedsrichterliche Beweisinterlocut zwischen den Parteien zu Stande gekommenen Compromisse und beziehentlich auf der Genehmigung desselben durch das K. Justizministerium und diese Genehmigung ist nach Ausweis der betreffenden Verordnung mit klaren Worten beschränkt „auf die Leitung des Beweisverfahrens". Unter Leitung des Beweisverfahrens im weiteren Sinne, wohin selbstverständlich auch die des Gegenbeweisverfahrens gehört, läßt sich aber nach Maßgabe dieses Ausdrucks in Verbindung mit dem Inhalte des angezogenen schiedsgerichtlichen Erkenntnisses und der Schlußbemerkung in den betreffenden Entscheidungsgründen nichts anderes verstehen, als diejenige prozeßgerichtliche Thätigkeit, welche für die Aufnahme des Beweis- und Gegenbeweismaterials nach Anleitung der Prozeßgesetze zufolge der Verhandlungsmaxime erforderlich ist, um die Sache einer Entscheidung durch das Schiedsgericht zuzuführen — mit Ausschluß jedoch jeder das Materielle der Sache direct oder indirect berührenden Cognition. Ist dieses nun auch freilich nicht so zu verstehen, als ob dem Gerichtsamte die Befugniß zur Beschlußfassung in Bezug auf die Form des Prozeßverfahrens und zur Entscheidung über desfalls zwischen

Digitized by Google

den Parteien entstandenen Meinungsverschiedenheiten im Resolutionswege bestritten werde, indem außerdem eine Leitung des Beweisverfahrens geradezu nicht möglich gewesen sein würde, so unterliegt dagegen nach dem Umfange der dem Ger.-Amte ertheilten Ermächtigung schon die Competenz desselben zur Entscheidung selbst reiner Prozeßfragen in anderer Form als durch einfache prozeßleitende Decrete, also durch förmliches Erkenntniß, weil solchenfalls die richterliche Thätigkeit desselben zugleich mit in Betracht gelangt, erheblichen Bedenken und es erscheint daher auch dem OAG. jedenfalls nicht zweifellos, ob das Gericht, sowie nach Bl. geschehen, die Acten zum Behufe der Abfassung des Pro- und Reproductionserkenntnisses an das Bez.-Ger. abgeben durfte und Letzteres zu Abfassung nurgedachten Erkenntnisses competent gewesen sei, ob nicht vielmehr die Entscheidung der darin berührten Formfragen dem Schiedsgerichte als solchem anheim zu stellen gewesen wäre; eine Frage, welche jedoch, da die Parteien hierbei sich beruhigt haben und insoweit jedenfalls ein stillschweigendes Compromiß derselben vorliegt, hier auf sich beruhen kann. Unzweifelhaft nicht competent aber ist nach dem Vorstehenden das Ger.-Amt zu Beschlußfassung auf den jetzt in Frage befangenen, zudem erst nach Ablauf des Hauptverfahrens von Seiten der Beklagten gestellten Antrag um Zulassung zu dem Eingangs erwähnten Eide und um Anberaumung eines neuen Productionstermins wegen der Bl. bezeichneten Beweisurkunden in der Eigenschaft als neu aufgefundener Beweisdocumente so lange wenigstens, als bis über die Präjudizialfrage rechtlich entschieden sein wird, ob jene Urkunden — die Wahrheit des Vorbringens vorausgesetzt — documenta noviter reperta im Sinne des Gesetzes sind, was von Seiten des Klägers beharrlich bestritten worden ist. Denn die Entscheidung dieser letztgedachten Frage gehört um so gewisser vor das Schiedsgericht, als sie keineswegs, wenigstens zunächst nicht, auf die Leitung des Beweisverfahrens sich bezieht, sondern eine streitige Prozeßfrage ist, welche noch überdies, weil es sich dabei um die Zulassung oder den Verlust eines nach Ablaufe der Beweisfrist neu inducirten Beweismittels handelt, mit der Hauptentscheidung im engsten Zusammenhange steht und nach Befinden für diese letztere maßgebend werden kann. Das Ger.-Amt hatte daher in der Entscheidung die Grenzen seiner Zuständigkeit insofern offenbar zu weit

Digitized by Google

aufgefaßt, als es, anstatt nach Ablaufe des anberaumten Inrotulationstermins die dort in Aussicht gestellte Entscheidung dem Schiedsgerichte zu überlassen, selbst in der Sache cognoscirt, ohne Weiteres dahin, daß dem Antrage der Beklagten zu deferiren sei, entschieden, und lediglich die Prüfung der materiellen Beweiskraft der in Rede stehenden Documente dem Schiedsgerichte überlassen zu dürfen geglaubt hat. Lediglich die Frage hätte allenfalls noch entstehen können, ob man nicht vielleicht dem Antrage der Beklagten insoweit wenigstens deferiren könne, daß das Prozeßgericht, vorbehältlich der künftigen Entscheidung über die streitige Prozeßfrage und daher unter einstweiliger Aussetzung des Eides, zu dem Beklagte sich erboten, zu Anberaumung eines Productionstermins und Vorladung der Parteien dazu anzuweisen. Indessen hat man auch hiervon abzusehen gehabt, um deswillen, weil, bevor nicht darüber, ob die streitigen Urkunden als documenta noviter reperta zuzulassen sind, Gewißheit vorliegt, nach §. 1 Tit. XXIV. der alt. Pr.O. Kläger nicht genöthigt werden kann, deren Production geschehen zu lassen und einer Vorladung zum Productionstermine Folge zu leisten.

21.

Eventuelles Compromiß auf Schiedsspruch. — Geltendmachung eines solchen Compromisses im Wege des Executivprozesses.

II. Sen.-Erk. v. 7. Aug. 1862 no. 417/413.

Inhalts des der erhobenen Executivklage zu Grunde gelegten, von Beklagtem anerkannten Schlußzettels d. d. Berlin den 9. Octbr. 1858 hat Beklagter von dem Kläger 500 Centner Roggenmehl für 3 Thlr. 14 Sgr. à Centner und unter den daselbst näher angegebenen Bedingungen erkauft und am Schlusse der genannten Urkunde nachstehende Erklärung abgegeben:

> Bei etwaigen Streitigkeiten unterwerfe ich mich dem Ausspruche der hiesigen schiedsrichterlichen Börsencommission.

Die gedachte Schlußbestimmung enthält ein zwischen dem Kläger und dem Beklagten getroffenes Abkommen, durch welches Beklagter sich verpflichtet hat, die in Betreff des abgeschlossenen Lieferungs-

Digitized by Google

geschäfts etwa entstehenden Streitigkeiten durch den Ausspruch eines schon im Voraus ernannten Schiedsgerichts, nämlich der schiedsrichterlichen Börsencommission zu B., entscheiden zu lassen. Während die Vereinigung der Parteien, ihren Rechtsstreit statt vom ordentlichen Gericht durch eine oder mehrere Privatpersonen als Schiedsrichter entscheiden zu lassen — das s. g. compromissum — nach römischem Rechte nur dann Wirksamkeit erlangt, wenn sie mittelst gegenseitiger Pönalstipulation oder unter anderen in den Gesetzen vorgeschriebenen Modificationen eingegangen worden war, ist nach heutigem Rechte das Compromiß als einfacher Vertrag vollkommen klagbar, indem zufolge desselben die Parteien verpflichtet sind, den erwählten Schiedsmann um Annahme des Schiedsamtes zu ersuchen und mit ihm einen Vertrag wegen Uebernahme des gedachten Amtes (das s. g. receptum) einzugehen, und falls letzterer Vertrag zu Stande kommt und der Schiedsrichter der Prozeßleitung sich unterzieht und einen Schiedsspruch ertheilt, sich dem schiedsrichterlichen Verfahren und Spruche (laudum, arbitrium) zu unterwerfen.

Arndts, Pandecten §. 270.

Sintenis, Civilrecht Th. 2 §. 107 not. 85 fg., S. 492 fg. ed. 2.

Curtius, Handb. Th. 4 §. 1693, 1696, 1698.

Es ist daher die Ansicht Beklagtens, daß ein Compromiß so lange nicht klagbar sei, als nicht die Uebereinkunft mit dem erwählten Schiedsgerichte, den Auftrag zur schiedsgerichtlichen Entscheidung zu übernehmen (das s. g. receptum) hinzugetreten sei, unrichtig, da der Zweck des Compromisses zunächst darin besteht, einen schiedsrichterlichen Ausspruch herbeizuführen und deshalb die nöthigen Einleitungen zu treffen. Es bedarf aber des Abschlusses eines besonderen recepti im vorliegenden Falle nicht einmal, da aus der Klagbeifuge C. hervorgeht, daß die schiedsrichterliche Commission der Aeltesten der Kaufmannschaft zu B. in Verfolg des von Klägern gestellten Antrags einen Termin zu Verhandlung der zwischen ihm und dem Beklagten entstandenen Streitigkeit anberaumt, mithin das ihr angetragene schiedsrichterliche Amt übernommen hat.

Die zweite Instanz hat die erhobene Klage aus dem Grunde in der angebrachten Maße abgewiesen, weil das Verlangen des Klägers,

Digitized by Google

daß Beklagter sich dem schiedsrichterlichen Ausspruche noch vor dessen Ertheilung unterwerfe, auf ein Anerkenntniß einer zukünftigen Verbindlichkeit hinauslaufe, der Anspruch auf ein derartiges Anerkenntniß aber im Wege des Executivprozesses nicht geltend gemacht werden könne. So richtig nun auch der Satz ist, daß auf Anerkenntniß eines erst künftig geltend zu machenden Rechtes im Wege des Executivprozesses nicht geklagt werden könne, so leidet derselbe dennoch nach der Ansicht des OAG.'s auf den vorliegenden Fall keine Anwendung, da es sich hier nicht um ein künftiges erst mit der Ertheilung des schiedsrichterlichen Ausspruchs in Wirksamkeit tretendes Recht des Klägers handelt, vielmehr das Befugniß des Klägers aus dem Compromisse zu klagen, schon mit dem Augenblicke entstanden ist, als in Betreff des im Schlußzettel bezeichneten Lieferungsgeschäfts Differenzen zwischen ihm und dem Beklagten hervorgetreten sind, gleichwohl Beklagter sich geweigert hat, diese Differenzen vor dem erwählten Schiedsgericht zum Austrag zu bringen. Ebenso wenig ist der aus der Natur des Executivprozesses entlehnte Einwand, daß in dieser Prozeßgattung eine definitive Feststellung der Competenz des Schiedsgerichts nicht erfolgen könne, nach der Ansicht des OAG.'s beachtenswerth, da dieser Entscheidungsgrund gegen die Zweckmäßigkeit der Prozeßform selbst gerichtet ist, nun aber dem Kläger frei stand, seinen Anspruch in dem Executiv- oder ordentlichen Prozesse zu verfolgen, indem ihm nicht unbekannt bleiben konnte, daß bei der Wahl der ersten Prozeßgattung dem Beklagten unbenommen sein würde, seine etwaigen illiquiden Einreden in der Widerklage auszuführen.

22.

Ueber das Verfahren vor Schiedsgerichten.

II. Sen.-Erk. v. 30. Octbr. 1862 no. 731/720.

Nach heutigem Rechte sind die Betheiligten bei der Vereinbarung auf schiedsrichterlichen Ausspruch weder in Bezug auf die Person der Schiedsrichter selbst, noch in Bezug auf die Festsetzung der Grundsätze, nach welchen dieselben bei der Entscheidung verfahren und die Unterlagen, welche sie bei der Schöpfung ihres Urtheils benutzen sollen, einer besonderen Beschränkung unterworfen. Es läßt sich also der Fall

Digitized by Google

als möglich und zulässig denken, daß die Betheiligten, wenn ihnen die geeigneten Unterlagen fehlen, sich in jeder Beziehung dem willkürlichen Ermessen der Schiedsrichter unterwerfen und es diesen überlassen, wie sie ohne Mittheilung solcher Unterlagen ihren Ausspruch fällen und motiviren wollen. Eine solche Intention der Betheiligten, bei welcher dieselben ihr Recht ganz in die Hände und die Willkür der als Schiedsrichter benannten Personen hingeben und sich jede Controle über die Richtigkeit und Zweckmäßigkeit des zu erwartenden Ausspruchs, somit aber auch die Ausführung etwaiger Regreßansprüche gegen die Schiedsrichter selbst im Falle pflichtwidrigen Verhaltens entziehen oder doch ganz wesentlich erschweren würden, kann gewiß nicht präsumirt, sondern muß ausdrücklich und bestimmt erklärt werden. Ohne diese ausdrückliche Erklärung ist nach dem regelmäßigen Gange der Dinge von der Präsumtion auszugehen, daß ein Compromiß auf den Ausspruch selbst ernannter Schiedsrichter zu dem Zwecke erfolge, streitige Rechtsverhältnisse, insbesondere auch solche, wobei es weniger auf die Entscheidung streitiger Rechtsfragen, als auf allgemeine Geschäfts- und besondere Fachkenntnisse ankommt, auf eine dem gerichtlichen Verfahren mehr oder minder analoge, aber kürzere und einfachere Weise zu ordnen. Eben diese, je nach den Umständen mehr oder minder hervortretende Analogie des prozessualischen Verfahrens rechtfertigt die Annahme, daß dem Schiedsrichter ebenso wenig als dem Prozeßrichter das Befugniß zustehe, seine Entscheidung auf willkürliche Prämissen zu begründen, oder sich die Unterlagen, deren er bedarf, oder zu bedürfen glaubt, ohne alle Concurrenz und Genehmigung der Compromittenten zu verschaffen. Regel ist also, daß dem Schiedsrichter die Unterlagen, auf welche er seine Entscheidung gründen soll, von den Betheiligten bezeichnet und mitgetheilt oder wie und wenn diese Unterlagen vor der Ertheilung des schiedsrichterlichen Ausspruchs von den Parteien beigebracht werden sollen, durch das Compromiß selbst mit festgestellt werden müssen.

Besondere Vorschriften über das von den Schiedsrichtern in formeller Beziehung zu beobachtende Verfahren enthalten die Gesetze nicht; es kommt also auf die Vereinbarung der Parteien, und wenn eine solche über die Form des Verfahrens nicht getroffen worden ist, auf die Beschaffenheit der Umstände und darauf an, was diese als

Digitized by Google

zweckmäßig oder nothwendig erheischen. Vorliegenden Falles sollte nach §. 1. 2. der Klagbeifuge B. ein prozessuales Verfahren nicht stattfinden, sondern man setzte voraus, daß die Schiedsrichter als technische Sachverständige im Stande sein würden, auf Grund der ihnen mitgetheilten Bücher und Schriftstücken, sowie nach Befinden durch mündliche Auskunft der Betheiligten, ihren Ausspruch zu fällen. Eine förmliche Publication des letzteren kann also nicht als nothwendiges Erforderniß für dessen Gültigkeit erachtet werden; es genügte vielmehr auch dem Schiedsrichter selbst gegenüber die Kl. behauptete Aufforderung, sich zur Mittheilung des schiedsrichterlichen Spruches zu einem bestimmten Termine einzufinden und die bei dem Außenbleiben des Beklagten erfolgte abschriftliche Zufertigung.

23.

Separationsrecht des Cessionars in Bezug auf einen ihm vor der Concurseröffnung zum Vermögen des Cedenten cedirten, jedoch vom abgetretenen Schuldner zum Concursdepositum eingezahlten Außenstand.

II. Sen.-Erk. v. 13. Novbr. 1862 no. 793/755.

Wenn auch der abgetretene Schuldner, dem die Cession noch nicht notificirt war, in Folge des zwischen ihm und dem Cedenten noch fortdauernden Rechtsverhältnisses durch eine von ihm an den Cedenten nach der Cession geleistete Zahlung von seiner Schuldverbindlichkeit sich befreien kann, so ist doch anderer Seits der Cedent, welcher, nachdem er die betreffende Forderung an einen Dritten abgetreten, eine Zahlung des abgetretenen Schuldners auf die cedirte Forderung annimmt, verbunden, das auf diese Weise Empfangene an den Cessionar herauszugeben.

l. 23 §. 1 D. de hered. vel act. vend. (18. 4.)

und ebenso ist auch, wenn auf eine vor Ausbruch des Concurses zu dem Vermögen des Cedenten von diesem gültiger Weise abgetretene und deshalb an sich nach Höhe des abgetretenen Betrags zu der Concursmasse überhaupt nicht weiter zu ziehende Forderung von dem abgetretenen Schuldner eine Zahlung zu dem Concursdepositum erfolgt, das Gezahlte nicht von der Gläubigerschaft zu beanspruchen, sondern dem Cessionar zu überlassen.

Digitized by Google

24.

In den Concursen zu dem Vermögen von Kauf- und Handelsleuten ist das Einrücken der Edictalien in eine auswärtige Zeitung (ausnahmlose) Regel.

II. Sen.-Erk. v. 19. Decbr. 1862 no. 896/856.*)

Die im vorigen Erkenntnisse erwähnte Verordnung des Justizministeriums vom 14. März 1835 (G.- u. V.-Bl., S. 204 fg.) geht allerdings unverkennbar von der Ansicht aus, daß es der Einrückung der Edictalcitationen in Concursen von Kaufleuten in ausländische Zeitungen nicht unbedingt, sondern nur dann bedürfe, wenn sich Gläubiger mit bedeutenden Forderungen im Auslande befinden. Allein einestheils ist die Auslegung, welche ein Gesetz — hier §. III. des Gesetzes vom 27. October 1834 — von Seiten eines Ministerii erfährt, sobald nicht bei Erlaß desselben diesem Ministerium zugleich das Befugniß der authentischen Interpretation ertheilt worden, für die richterliche Interpretation nicht maßgebend; anderntheils ist die Anweisung am Schlusse der Verordnung keine allgemeine, sondern sie ist lediglich an die Gerichtsbehörde der Oberlausitz gerichtet, berührt also das Concursgericht in gegenwärtiger Sache nicht. Es ist aber auch die in der gedachten Verordnung enthaltene Restriction der Nothwendigkeit der Insertion der Edictalladungen in kaufmännischen Creditwesen in ausländische Zeitungen von den schriftstellerischen Autoritäten sowohl als von der Gerichtspraxis, die auch vom OAG. bisher befolgt worden, mit um so größerem Rechte zurückgewiesen worden, als Edictalcitationen hauptsächlich bestimmt sind, Personen vorzuladen, von denen es unbekannt ist, wo und sogar ob sie existiren. Die Rücksicht auf die bekannten Gläubiger kann also für die Nothwendigkeit der Bekanntmachung der Ladungen im Auslande niemals einen Anhalt gewähren, weil die Kenntniß von ihrer Existenz und von ihrem Aufent-

*) In dem Concurse zu dem Vermögen eines kleineren Handelsmannes waren, zumal nach dem Status Ausländer dabei nicht erheblich betheiligt, von dem (erbländischen) Concursgericht die Edictalien nicht in eine ausländische Zeitung inserirt. Das AG. Zwickau cassirte auf Appellation gegen den Präclusivbescheid die Edictalien und das OAG. confirmirte.

Digitized by Google

halte das Dasein von noch mehreren Gläubigern, inländischen oder ausländischen, nicht ausschließt, auf deren Ermittelung und beziehentlich Vorladung es eben ankommt.

Es war daher das vorige Erkenntniß, so weit es auf Grund der Formwidrigkeit der ersten Vorladung anderweiten Edictalerlaß angeordnet hat, zu bestätigen.

25.

Beweis von Illaten im Concurs — Geständniß des Ehemannes (Cridars) — Erklärungen des Streitvertreters.

III. Sen.-Erk. v. 12. Octbr. 1861 no. 63/66.

Das Empfangsbekenntniß des jetzigen Cridars ist zwar nicht für völlig beweisunkräftig zu erachten; volle Beweiskraft ist jedoch dergleichen von den Gemeinschuldnern vor Ausbruch des Concurses abgelegten Geständnissen über den Betrag des Einbringens ihrer Ehefrauen den Gläubigern gegenüber nicht beizulegen. Vielmehr hängt es vom richterlichen Ermessen ab, ob unter Berücksichtigung der sonstigen vorliegenden Beweismomente sofort auf einen Legaleid oder auf förmlichen Beweis zu erkennen sei.

Zeitschr. für Rechtspfl. und Verw. N. F. Bd. IV., S. 201 sub III.

Annalen des OAG.'s Bd. I., S. 383.

Glück, Commentar Th. XXVII., S. 339 fg.

Da nun im gegenwärtigen Falle das Geständniß des Cridars erst wenige Monate vor Ausbruch des Concurses abgelegt worden ist und sonstige Beweismomente nicht beigebracht worden, insbesondere die erst jetzt Bl. angeführten Thatsachen unbescheinigt sind, so ist bei dem bedeutenden Betrage des jetzt in Frage befangenen Theils des Einbringens mit Recht auf Beweis desselben erkannt worden. Hierbei ist der als Gegenargument benutzte Umstand, daß der Streitvertreter die Forderung im Liquidationsverfahren unter Vorbehalt der eidlichen Bestärkung anerkannt hat, einflußlos.

Denn wenn auch über die Stellung, welche der Contradictor im heutigen Concursverfahren einnimmt, die verschiedensten Ansichten herrschen, indem einige den Contradictor für den Vertreter der Gesammt-

Digitized by Google

heit der Gläubiger, andere für den Repräsentanten des Cridar halten, und noch andere ihm eine gemischte Stellung, nach welcher er theils den Gemeinschuldner, theils dessen Gläubiger vertritt, zuweisen,

Reatz, in der Zeitschrift für Civilr. und Prozeß. N. F. Bd. IV., S. 317 fg.

so hat dennoch die Ansicht, daß der Streitvertreter Stellvertreter des Cridar sei, die meisten Vertheidigungen gefunden,

Spangenberg, in zu Rhein's Jahrb., Bd. I., S. 35 fg.

Bayer, Theorie des Concursprozesses §. 42.

Gottschalk, disc. for. Tom. II. c. 16, p. 196 fg. ed. 2.

Kori, Concursproz. Thl. I. §. 82 ed. 2.

und stimmt in Sachsen mit der Vorschrift der Erl. Pr.O. ad tit. 41 §. 4, nach welcher der Gemeinschuldner selbst die Function eines Contradictor übernehmen, oder falls er hierzu nicht geneigt ist, den Litiscurator zu wählen und dem Richter zur Bestätigung präsentiren darf, überein. Aus dieser Stellung des Contradictor als Repräsentanten des Gemeinschuldners folgt aber, daß der Streit zwischen dem Contradictor und einem Liquidanten den übrigen Liquidanten nicht präjudicirt, vielmehr den Mitgläubigern so lange, als überhaupt ein rechtskräftiges Erkenntniß nicht gefällt worden ist, das Befugniß zusteht, mittelst Intervention nicht nur die vom Rechtsvertreter bereits eingeräumten Posten anzufechten, sondern auch Einreden gegen die angemeldete Forderung vorzubringen, welche von jenem übersehen oder für unerheblich erachtet worden sind, indem den Mitgläubigern das gedachte Befugniß ein geeignetes Mittel gewährt, um Collusionen des Cridars zum Vortheil einzelner Gläubiger zu verhindern, und die ihnen durch die Ueberschuldung des Cridars drohenden Nachtheile abzuwenden. Völlig unrichtig ist die Ansicht des Klägers, daß der Ausspruch der vorigen Instanz, daß das Zugeständniß des Contradictors der verehel. Sch. nicht präjudizire, sich nicht mit der bei einem solchen vorauszusetzenden Pflichttreue, nach welcher er seine Erklärungen über die Richtigkeit der angemeldeten Forderungen nach reiflicher Erwägung der Sachlage und nach bestem Wissen und Gewissen abzugeben hat, vereinigen lasse. Denn der Contradictor genügt seinen Obliegenheiten, wenn er über die Verität der einzelnen angemeldeten Forderungen durch Befragung des Cridars, seiner Angehörigen und anderer ihm be-

Digitized by Google

kannter Personen, welche Wissenschaft von der Sache haben, sowie durch Einsicht der Bücher des Gemeinschuldners sich unterrichtet und hierauf seine Erklärungen bei dem Concursgerichte abgiebt. Dagegen ist er weder verpflichtet, bei den einzelnen Gläubigern Instruction einzuholen, noch würde ein solches Verfahren bei einer großen Anzahl von Liquidanten überhaupt ausführbar sein. In den meisten Fällen werden nun auch die Gläubiger finden, daß der Contradictor die Vertheidigungsmittel gehörig benutzt habe, in den seltenen Fällen aber, wo die Gläubiger von der Ansicht ausgehen, daß gegen die eine oder die andere angemeldete Post Einwendungen und Ausflüchte nicht benutzt worden sind, welche der Contradictor nicht gekannt oder für unerheblich erachtet hat, kann ihnen das Recht, sich selbst zu vertheidigen und im Wege der Intervention diese Einwendungen geltend zu machen, nicht abgeschnitten werden.

Gottschalk, Spangenberg u. Reatz, u. a. O.

Kori, Concursprozeß Th. I., S. 106 nota 691, S. 197 ed. 2.

II. Grund- und Hypothekenrecht.

1.

Inwiefern können Protestationen gegen Veräußerung rc. von Kohlenabbau- und ähnlichen dinglichen Rechten, so lange für solche nicht in Gemäßheit der Verordnung v. 31. Mai 1855 besondere Folien angelegt sind, bei dem Richter der gelegenen Sache angebracht werden? — Modalität behufiger Sicherheitsmaßregeln.

III. Sen.-Verord. v. 18. Jan. 1862 no. 6.*)

Behufs der Sicherung eines künftigen Hülfsgegenstandes kann bei Eintritt der Voraussetzungen, unter welchen überhaupt inhibito-

*) Ueberlassungsverträge Betreffs des Abbaues von Steinkohlenlagern rc. können bekanntlich nach §. 10 des Hyp.-Ges. auf den betreffenden Grund-

Digitized by Google

rische Maßregeln gerechtfertigt erscheinen, jeder Vermögenstheil des Schuldners vom Gläubiger als Arrestobject bezeichnet und vom Richter mit Beschlag belegt werden, welcher überhaupt dem Gläubiger Sicher-

---

stücksfolien verlautbart werden. (Siegmann, das K. S. Grund- und Hypothekenrecht ꝛc. L. 1861, S. 29 fg., 45 fg. sub III.) Weitere Einträge auf diesen Folien in Betreff des dadurch ausgeschiedenen Unterirdischen sind unzulässig. (Siegmann, a. a. O., S. 48.) Mit Genehmigung des Justizministerii dürfen jedoch für derartige Abbaurechte nach der Ausscheidung besondere Folien angelegt werden, in Folge deren das Abbaurecht ganz nach Analogie eines Immobile Gegenstand der hypothekarischen Verpfändung ꝛc. werden kann. (Verordn. v. 31. Mai 1855 — Siegmann, a. a. O.) Während nun solchen Falles auch Protestationen nach §. 147. 148 des Hyp.-Ges. eintragbar und von rechtlicher Wirkung sind, ist die Frage nicht entschieden, ob vor Anlegung eines solchen Separatfolii Sicherheitsmaßregeln der Gläubiger des Inhabers eines solchen nach §. 10 verlautbarten Abbaurechtes, namentlich auch bei der Grundbehörde in der Form von Protestationen denkbar und wie ausführbar seien? Das Gewicht dieser Fragen erhellt z. B. aus dem vorliegenden Falle. Impetranten hatten ihr Unterirdisches an Mitimpetraten veräußert. Der Kaufpreis restirte. Mitimpetraten hatten ihr Recht an eine nicht confirmirte Actiengesellschaft (Impetratin) weiter veräußert. Letztere beabsichtigte Anlegung eines Separatfolii und sodann Aufnahme einer Hypothek von 100,000 Thlr. auf solches, welche den hypothekarischen Gläubigern ein Vorzugsrecht vor jedem Dritten, namentlich auch den Impetranten verschafft haben würde. Letztere protestirten nun bei dem Grund- und Hypothekenrichter gegen die eventuelle hypothekarische Belastung jener Abbaurechte und baten zugleich um Erlaß eines Veräußerungsverbotes an Impetratin und Mitimpetraten. Der Richter beschloß „die Protestation, obwohl dieselbe nicht verlautbart werden könne, insoweit möglich für die Zukunft zu beachten" und erließ das gebetene Veräußerungsverbot. Die IIda reformirte wegen Incompetenz der Grundbehörde, da Veräußerungsverbote vom persönlichen Richter des Schuldners auszugehen hätten, somit jene erst mit Anlegung eines Separatfolii competent würden. Das OAG. recurrirte auf die Resolution erster Instanz in der Maße, daß solche — als eventuelle Grund- und Hypothekenbehörde — wenn nach Maßgabe der Verordn. v. 31. Mai 1855 ein besonderes Folium für jene Abbaurechte angelegt werden sollte, über die Protestation zunächst in erster Instanz Entschließung zu fassen, inzwischen aber solche, so weit möglich, zu beachten, und der Impetratin und Mitimpetraten aufzugeben habe, sich jeder Veräußerung und Verpfändung des von den Impetraten erworbenen Abbaurechtes bei Strafe der Nichtigkeit zu enthalten. — Die Rationen der IIIta sind im Texte auszugsweise gegeben.

Digitized by Google

heit zu verschaffen im Stande ist. Das hierbei einzuschlagende Verfahren ist jedoch nach der Verschiedenheit der Vermögensobjecte selbst, und zwar mit Rücksicht darauf, ob bewegliche- oder unbewegliche Sachen des Schuldners oder Activforderungen desselben in Frage stehen, ein abweichendes. Denn während der Arrestschlag auf bewegliche Gegenstände am wirksamsten durch Wegnahme der Sachen, auf Grundstücke aber durch Anlegung der Sequestration oder durch eine bei der Grund- und Hypothekenbehörde eingewendete und von dieser beachtete Protestation gegen Veräußerung und Verpfändung erfolgt und ein einfaches Veräußerungsverbot in Betreff solcher Sachen, welche sich im Besitze des Schuldners befinden, ihrer Natur nach den Zweck einer vollständigen Sicherstellung des Gläubigers nur selten erfüllen,

Biener, Syst. proc. §. 259 Nota 5 ed. nov.

reicht bei Inhibition außenstehender Forderungen ein an den Schuldner des Schuldners erlassenes Zahlungsverbot aus. Was nun insbesondere Abbaurechte anlangt, welche zwar auf den Folien der abbaupflichtigen Grundstücke verlautbart, für welche jedoch besondere Folien im Grund- im Hypothekenbuche nicht angelegt worden sind, so gehören dieselben nach Maßgabe der Bekanntmachung vom 31. Mai 1855 (Ges.- u. V.-Blatt, S. 95) zu den im zweiten Abschnitte des §. 14 des Hypothekengesetzes vom 6. November 1843 erwähnten fruchtbringenden dinglichen Rechten, welche nicht Zubehörungen eines Grundstückes sind und deren Ausübung nicht von dem Besitze eines Grundstückes abhängt, welche aber zugleich die Eigenschaft haben, daß sie mit des Berechtigten Tode nicht erlöschen. Für dergleichen fruchtbringende dingliche Rechte und insbesondere auch für ein vom Besitzer des Grundstückes getrenntes Abbaurecht auf Stein-, Braun- und Erdkohlen kann mit Genehmigung des Justizministeriums ein besonderes Folium im Grund- und Hypothekenbuche zu dem Zwecke und mit der Wirkung angelegt werden, daß das eingetragene Befugniß nunmehr in Beziehung auf Veräußerung und Verpfändung gleich einem Grundstücke zu behandeln ist. Da die Impetranten Behufs der Sicherung ihrer Kaufgeldforderung einer etwaigen Verpfändung der Kohlenfelder durch eine aufzunehmende Prioritätsanleihe entgegenzutreten beabsichtigen, diese Verpfändung aber erst nach Anlegung eines Folii für das Kohlenabbaurecht erfolgen kann, so würde es zu den größten

Digitized by Google

Härten führen, wenn man den Impetranten das Befugniß versagen wollte, noch vor der Zeit, zu welcher das als Arrestobject angegebene Abbaurecht ein besonderes Folium erhalten hat, durch eine einzuwendende Protestation gegen Veräußerung und Verpfändung der Gefährdung vorzubeugen, welche für sie bei erfolgendem künftigen Eintrage eines Pfandrechtes wegen eines Darlehns in dem beabsichtigten hohen Betrage entstehen würde, zumal wenn bei Anlegung des Folii für das Abbaurecht, wie zuweilen in der Praxis angenommen wird, der in §. 234 des Hypothekengesetzes vorgeschriebene öffentliche Aufruf nicht für erforderlich erachtet werden sollte und mithin Impetranten außer Stande sein würden, von der erfolgten Anlegung des Folii Kenntniß zu erlangen, um dem Eintrage einer Verpfändung der Kohlenlager rechtzeitig zu widersprechen. Der Umstand, daß zur Zeit ein besonderes Folium für das in Rede stehende Abbaurecht im Grund- und Hypothekenbuche nicht angelegt worden ist, kann nach der Ansicht des OAG.'s als ein Argument für die völlige Unzulässigkeit der Protestationen gegen Verpfändung und Veräußerung nicht benutzt werden, sondern nur die Folge haben, daß die Protestation die in §. 148 des Hypothekengesetzes vom 6. November 1843 gedachten Wirkungen erst dann erlangt, wenn sie nach erfolgter Anlegung des Folii mit Rücksicht auf die dem vorliegenden factischen Verhältnisse berücksichtigt und auf dem gedachten Folium selbst verlautbart worden ist, weshalb man die Anordnung getroffen hat, daß über die eingewendete Protestation, so weit deren Verlautbarung im Grund- und Hypothekenbuche beantragt worden ist, nach erfolgter Anlegung des Folii zunächst in erster Instanz Entschließung gefaßt werde. Ebenso wenig hat ein Grund vorgelegen, die Entschließung der Grund- und Hypothekenbehörde, daß sie die Protestation für die Zukunft so weit möglich beachten werde, zu mißbilligen, da Fälle wohl denkbar sind, daß die Mitwirkung der gedachten Behörde noch vor Anlegung eines besonderen Folii in Anspruch genommen, z. B. von ihr die gerichtliche Bestätigung eines das Abbaurecht betreffenden Cessionseintrags erbeten wird. Auch unterscheiden sich Abbaurechte, welche auf den Folien der abbaupflichtigen Grundstücke gehörig abgeschrieben worden sind, von andern dinglichen Rechten und namentlich von Servituten wesentlich dadurch, daß erstere mit Genehmigung der Oberbehörde besondere

Digitized by Google

Folien im Grund- und Hypothekenbuche erhalten und auf diese Weise wirklichen Immobilien gleichgestellt werden können. Wegen dieser Fähigkeit aber, nach dem Ermessen des Justizministerii in das Grund- und Hypothekenbuch aufgenommen zu werden und darin ein besonderes Folium zu erlangen, findet eine gewisse Aehnlichkeit der Abbaurechte der vorliegenden Gattung mit den in §. 153 des Hypothekengesetzes erwähnten Staatsgütern, geistlichen und Gemeindegrundstücken statt, welche ebenfalls erst dann ein besonderes Folium — jedoch ohne vorher einzuholende Genehmigung der Oberbehörde — bekommen, wenn Hypotheken oder andere nach §. 15 und 16 in das Grund- und Hypothekenbuch einzutragende Rechte daran bestellt werden, und gegen deren Veräußerung und Verpfändung Protestationen mit den nach dem älteren Hypothekenrechte zulässigen Wirkungen noch vor Anlegung eines Folii eingewendet und beachtet werden können.

Aus der vorstehend entwickelten Ansicht, daß die Protestation der Impetranten nicht ohne Weiteres für unzulässig geachtet werden kann, folgt von selbst, daß zur Cognition über dieselbe nach Maßgabe der Verordnung, die Appellationen gegen das gerichtliche Verfahren betreffend, vom 14. Maj 1836 unter 2 und nach §. 148 des Hypothekengesetzes vom 6. November 1843 der Richter der gelegenen Sache competent ist. Hierbei kann darauf, daß die Impetranten außer der künftigen Verlautbarung der Protestation auf dem etwa für das Abbaurecht anzulegenden Folium die Erlassung eines Verbots an die Impetraten und Mitimpetraten, sich jener Veräußerung und Verpfändung des Kohlenlagers zu enthalten, beantragt haben, etwas nicht ankommen, da Inhalts der gestellten Anträge das erbetene Veräußerungsverbot nicht als eine selbstständige inhibitorische Maßregel, sondern nur als ein Ausfluß oder ein Annexum der Protestation sich darstellt. Besondere prozessualische Vorschriften über die Art und Weise, wie die Hülfe in ein vom Besitze eines Grundstückes abgetrenntes Kohlenabbaurecht, für welches ein besonderes Folium nicht angelegt ist, vollstreckt oder das letztere zur Sicherung eines künftigen Executionsobjects mit Beschlag belegt werden kann, fehlen. Es hat deshalb das OAG. im Jahre 1854 in der vor dem Landgericht W. anhängigen Rechtssache Hermann J.'s c/a Marie Louise H. unter Zustimmung des Justizministerii angenommen, daß die Hülfsvoll-

Digitized by Google

streckung in ein Kohlenwerk resp. in ein Kohlenabbaurecht am sichersten dadurch bewirkt werden könne, daß

a) ein Veräußerungsverbot an den Schuldner in Kraft der Execution erlassen, daneben

b) entweder mit Consignation der vorhandenen Gebäude, Maschinen und anderer Vorrichtungen verfahren, oder wenn solche noch nicht vorhanden, eine hierzu geeignete Person, namentlich aus der Mitte der Localgerichten, mit der Aufsicht über die betreffenden Grundstücke und darüber, daß irgend eine nachtheilige Verfügung auf dem abbaupflichtigen Grund und Boden nicht vorgenommen werde beauftragt und

c) von dem Richter mittelst besonderer zu den Acten zu bringender Registratur, daß auf diese Weise die Hülfe in das Werk oder das Abbaubefugniß vollstreckt worden sei, beurkundet, endlich

d) dem Kläger zum Nachweis darüber, beglaubte Abschrift dieser Registratur oder auf Grund derselben und der sonst ergriffenen Maßregeln ein förmlicher Hülfsschein ausgefertigt werde.

Was nun das Verfahren bei Protestationen gegen Veräußerung und Verpfändung dergleichen mit einem besonderen Folium nicht versehenen Kohlenabbaurechte anlangt, so erscheint es nicht unangemessen, wenn der Richter der gelegenen Sache außer der Notification, in welcher er den Schuldner von seinem Beschlusse, die eingewendete Protestation, so weit möglich, zu beachten, in Kenntniß setzt, ein Verbot gegen Veräußerung und Verpfändung des Abbaubefugnisses erläßt und ihm hierdurch seine Absicht, das nurgedachte Befugniß mit Beschlag zu belegen, zu erkennen giebt. Ob durch das Veräußerungsverbot eine vollkommene Sicherstellung des Gläubigers erreicht wird oder zu Erlangung dieses Zweckes noch andere geeignete provisorische Maßregeln hinzutreten müssen, ist nicht zu untersuchen, da Impetranten weiter gehende Maßregeln nicht beantragt haben.

So weit nun das Veräußerungsverbot das Abbaubefugniß als dingliches Recht betrifft, und als bloßes Annexum der Protestation gegen Veräußerung und Verpfändung anzusehen ist, ist dasselbe gleichzeitig mit der Protestation beim Richter der gelegenen Sache anzubringen. Dagegen hat man Bedenken getragen, dem Antrage der Impetranten, um Erlassung eines Veräußerungsverbots in Betreff der

Digitized by Google

zu Tage geförderten Kohlen stattzugeben, da hierbei als Arrestobject nicht das Abbaurecht selbst, sondern die bei Ausübung desselben gewonnenen Früchte bezeichnet worden sind, zu Erlaß des letzteren Verbots aber nicht der Richter der gelegenen Sache, sondern die Wohnortsbehörde der Impetraten und der Mitimpetraten competent ist.

2.

Inwieweit vermag die Protestation eines Miethers gegen Veräußerung des Miethobjects zum Schutze seines Miethrechtes den Eigenthümer an dem Verkaufe und beziehentlich den Eintrag des Käufers zu hindern?

III. Sen.-Verordn. v. 14. Decbr. 1861 no. 371.

Auf Antrag des Impetranten ist in Gemäßheit des §. 16 verbunden mit §. 147 des Hypothekengesetzes vom 6. Novbr. 1843 auf dem Grundstücksfolium des Impetranten unterm 13. Juli 1861 folgende Protestation eingetragen worden:

> Protestation des Kaufmann C. J. F. gegen jede Veräußerung des Grundstückes, bei welcher dem Erwerber nicht der von ihm mit dem Besitzer abgeschlossene Miethvertrag überwiesen wird.

Impetrat L. hat inzwischen sein Hausgrundstück mittelst des den Acten im Originale vorgehefteten, gerichtlich anerkannten Kaufs vom 3. Aug. 1861 an den Mitimpetraten B. verkauft. Letzterer hat in §. 8 dieses Kaufs erklärt, daß er von der zwischen dem Impetranten und dem Impetraten entstandenen Miethdifferenz und von der vom Verkäufer unterm 12. März 1860 dem Impetraten gegenüber abgegebenen schriftlichen Erklärung — auf deren Grund dem Gesuche des Impetranten, um Eintragung der Protestation stattgegeben worden ist — in Kenntniß gesetzt sei. Zugleich hat Mitimpetrat, als Käufer des Hauses, allenthalben die Vertretung des Verkäufers dergestalt übernommen, daß er dem Impetranten gegenüber in Betreff des Miethverhältnisses alles dasjenige zu erfüllen verpflichtet sein solle und wolle, was Impetrant bei dem Nachweis des behaupteten Miethvertrags dem Impetraten gegenüber beanspruchen könnte, so daß der Wechsel in der

Digitized by Google

Person des Besitzers keinerlei Einfluß auf den Austrag der über das Miethverhältniß des Impetranten entstandenen Differenzen ausüben solle.

Die erste Instanz hat die vorstehende Erklärung für ausreichend erachtet und deshalb beschlossen, daß des Fortbestehens der Protestation ungeachtet mit dem Eintrage des Mitimpetraten, als Besitzers des erkauften Hauses, verfahren werde.

Dagegen hat die vorige Instanz angeordnet, daß mit dem Besitzeintrage des Mitimpetraten Anstand genommen werde, indem sie von der Ansicht ausgeht, daß die verlautbarte Protestation dem Eintrage eines dritten Erwerbers des Grundstückes und insbesondere des Mitimpetraten so lange hindernd entgegenstehe, als derselbe nicht zur Aushaltung des von dem Impetranten behaupteten Miethvertrags in dem von letzterem bescheinigten Umfange und rücksichtlich der von Impetranten beanspruchten Räumlichkeiten mit rechtlicher Wirksamkeit sich verpflichtet habe.

Das OAG. vermag der nurgedachten Ansicht nicht beizupflichten.

Ganz richtig bemerkt die vorige Instanz, daß die Wirkung einer Protestation der vorliegenden Art, welche zu Sicherung eines in Bezug auf ein Grundstück erworbenen Rechtes im Grund- und Hypothekenbuche kundgemacht ist, nach §. 25 des Hypothekengesetzes vom 6. November 1843 nicht weiter geht, als daß von der Verlautbarung der Protestation an zum Nachtheile des dadurch zu sichernden Rechtes ein fernerweiter Eintrag in das betreffende Folium nicht aufgenommen werden darf, wogegen ein Eintrag, welcher dieses Recht nicht beeinträchtigt, ungeachtet des Protestationseintrages vollkommen zulässig ist. Nun besteht aber das Recht, welches durch den Protestationseintrag gesichert werden soll, in dem Befugnisse des Abmiethers, den Vermiether zu nöthigen, mit Rücksicht auf den eingegangenen Miethvertrag dahin Vorkehrungen zu treffen, daß dem Abmiether auch nach der Veräußerung des Grundstückes, die Ausübung seiner durch den Miethcontract erlangten Rechte in demselben Umfange, wie ihm solche vom Vermiether zu gewähren sind, möglich ist, und demgemäß der Abmiether gegen die aus dem Grundsatze: „Kauf bricht Miethe" abzuleitenden nachtheiligen Folgerungen Schutz erlangt. Dieser Schutz wird aber am sichersten dadurch gewährt, daß der Vermiether bei der Veräußerung des ermietheten Grundstückes dem Käufer die Verpflichtung

Digitized by Google

auferlegt, in den mit dem Abmiether abgeschlossenen Vertrag einzutreten. Durch einen solchen Vertrag zwischen dem Verkäufer und dem Käufer soll jedoch nur der factische Fortbestand des Miethverhältnisses gesichert, mithin der status quo aufrecht erhalten, nicht aber dem Abmiether ein besseres Recht, als er ursprünglich besaß, verschafft werden.

Denn die l. 25 §. 1 D. loc. cond. (19. 2.) schreibt ausdrücklich vor:

> Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum vel aedes vendat, curare debet, ut apud emtorem quoque eadem pactione et colono frui et inquilino habitare liceat,

indem durch die Worte: „apud emtorem eadem pactione" darauf hingewiesen wird, daß der alte, zwischen dem Verkäufer und dem Abmiether geschlossene Vertrag bei dem Käufer, d. h. auf dem von diesem erkauften Grundstücke fortgesetzt werden soll.

Träger, in der Gießner Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. Bd. XVIII., S. 70 fg.

Obwohl nun in Folge der Ueberweisung und Uebernahme des Pachtverhältnisses der Käufer von dem Rechte, vermöge des erlangten Eigenthums den Abmiether ohne Weiteres zu vertreiben, nicht Gebrauch machen kann, so gehen doch weder dem Verkäufer, noch dem Käufer die Einwendungen, welche sie gegen die Rechtsbeständigkeit des von dem Abmiether behaupteten Vertrags geltend machen können, verloren.

Im vorliegenden Falle ist dem Gesuche des Impetranten um Eintragung der Eingangs gedachten Protestation aus dem Grunde stattgegeben worden, weil Impetrat zugestanden habe, daß Impetrant mehrere Localitäten in seinem Hause inne habe und aus der vom Impetraten anerkannten Niederschrift vom 12. März 1860, in welcher die Dauer der Miethe und die Höhe des Miethzinses festgesetzt sei, hervorgehe, daß sich dieses Innehaben auf einen Miethvertrag gründe. Durch diese Entscheidung ist lediglich die ergriffene provisorische Sicherheitsmaßregel — der Protestationseintrag — gerechtfertigt, nicht aber eine definitive Entscheidung dahin, daß Impetrant die von ihm beanspruchten Localitäten in des Impetranten Hause auf sechs Jahre, vom

Digitized by Google

12. März 1860 an ermiethet habe, ertheilt worden. Wenn sonach zur Zeit über den Umfang der Rechte, welche Impetrant aus der Niederschrift des Impetraten ableiten darf, rechtskräftig nicht entschieden ist, so kann ihm auch nicht die Verpflichtung auferlegt werden, den Miethcontract in demjenigen Umfange zu übernehmen, in welchem ihn die vorige Instanz für bescheinigt angesehen hat. Vielmehr ist die in §. 8 des Kaufcontractes enthaltene Erklärung des Mitimpetraten für ausreichend anzusehen, da durch dieselbe dem Impetranten die Gewähr, daß der zeither bestandene factische Zustand bis zur definitiven rechtlichen Entscheidung der entstandenen Miethdifferenz aufrecht erhalten werden solle, geleistet wird, indem Mitimpetrat ausdrücklich die Vertretung des Verkäufers dem Impetranten gegenüber übernommen und sich verpflichtet hat, alles dasjenige zu erfüllen, was Impetrant in Betreff des behaupteten Miethverhältnisses dem Verkäufer gegenüber beanspruchen könnte. Daß hierbei Mitimpetrat von der Ansicht ausgegangen ist, daß Impetrant den Miethvertrag nachzuweisen habe, ist einflußlos, da Mitimpetrat die Vertretung des Käufers übernommen, hierdurch stillschweigend auf das ihm als Käufern zustehende jus expellendi verzichtet und die Frage, ob und inwieweit er den Anspruch des Impetranten auf eine Miethe von sechsjähriger Dauer anzuerkennen habe, von rechtlicher Entscheidung abhängig gemacht hat, und erst in dem deshalb einzutretenden Hauptprozesse darüber, von welcher Partei der Beweis zu führen ist, zur Entscheidung gebracht werden kann.

3.

Ueber das Edictalverfahren Behufs Löschung alter Hypotheken. — Was wirkt die Unterlassung des in §. 233 des Hypothekengesetzes erwähnten Widerspruchs?

III. Sen.-Verordn. v. 17. März 1862 no. 102.*)

In dem Mandate die Edictalcitation in Civilsachen außerhalb des concursus creditorum betr., vom 13. November 1779 wird in

*) Durch das Mandat vom 13. Novbr. 1779, die Edictalcitation außerhalb des concursus creditorum betr., ist u. A. das Verfahren vorgezeichnet, welches Behufs Löschung s. g. alter Hypotheken auf Antrag des Grundstücksbesitzer, welcher deren Erloschensein behauptet, einzuschlagen ist. Ob-

Digitized by Google

Bezug auf den Edictalerlaß behufs der Cassation alter Consense unter andern gesagt, daß derselbe stattfinden solle, wenn aus dem Alter der

---

schon nun als Grund des Erloschenseins in vielen Fällen Verjährung vorhanden sein mochte, so ist doch dieser Fall nicht der allein vorgesehene. Inzwischen war eine 44jährige Frist — zusammengesetzt aus der praescriptio quadraginta annorum und dem quadriennium restitutionis — als diejenige vorgezeichnet, welche von Bestellung der Hypothek — resp. von der letzten Zinszahlung ꝛc. — ab verflossen sein mußte, ehe der Edictalerlaß beantragt werden konnte.

Derartige „alte", zur Zeit der Anlegung der Hypothekenbücher in Gemäßheit der Bestimmungen des Hypothekengesetzes vom 6. November 1843, vorhandene Hypotheken mußten nun auf dem betr. Folium Eintrag finden. In Folge dieses Eintrages konnte wegen des in §. 28 des Ges. geordneten Princips der Unverjährbarkeit eingetragener Rechte, von dem Moment des Eintrages an eine Extinctivverjährung weder laufen, noch beginnen. Gleichwohl sollte das betr. Edictalverfahren nicht cessiren, vielmehr — theils wegen anderer Erlöschungsgründe, mit Ausschluß der Verjährung, theils auch wegen des aus dieser herzuleitenden für gewisse Fälle — fortbestehen, wie dies in §. 122 und 123 des Ges. und zwar unter Verkürzung der vordem 44jährigen Frist auf die Dauer von 31 J. 6 W. und 3 T. vorgezeichnet ist. Zugleich ist in §. 233 Vorsehung getroffen, wie sich der Grundstücksbesitzer in Betreff solcher „alter" Hypotheken bei Eröffnung des betr. Folii gegen die Wirkungen des Eintrages und der Eröffnung durch einen Widerspruch schützen konnte.

War nun dieser Widerspruch versäumt, so war vordem — u. A. auch in einer Verordn. des OAG.'s v. 4. Oct. 1849 und in einer Verordn. des Justizministerii v. 30. Aug. 1850 — vergl. Wochenbl. 1862, S. 385 fg. — angenommen worden, daß die Frist der 31 J. 6 W. 3 T. nunmehr vom Eintrage an abzulaufen habe, ehe von Edictalien die Rede sein könne.

Inzwischen hatte das OAG. in neuester Zeit Veranlassung die Frage anderweit in einem Falle in Erwägung zu ziehen, wo ohne Veränderungen, welche eine Anwendung des Princips der Oeffentlichkeit gegen den Besitzer veranlassen konnte, die betr. Frist seit Entstehung der Hypotheken längst, jedoch selbstverständlich seit dem Eintrage noch nicht abgelaufen, ein Widerspruch nach §. 233 aber versäumt war, und nun der Hypothekenrichter den Erlaß der gebetenen Edictalien aus letzterem Grunde verweigert, der Antragsteller aber Berufung an das OAG. eingewendet hatte. Das OAG. reformirte zu Gunsten des Letzteren — mit einer nach Lage der Sache gebotenen Bedingung — auf Erlaß der Edictalien, indem es, wie am Ende der im Texte, wiedergegebenen Motiven bemerkt ist, ein wesentliches Moment für Festhaltung der früheren Meinung als durch das inmittelst erschienene Gesetz vom 28. Decbr. 1849 erledigt zu befinden hatte.

Digitized by Google

bezüglichen Urkunde „genugsam Vermuthung entstehe, daß solche (die Consense) entweder durch Zahlung getilget oder durch Verjährung erloschen seien. Es solle aber zu dieser Vermuthung hinlänglich sein, wenn eine Zeit von 44 Jahren verflossen sei, welche 44 Jahre bei Schuldverschreibungen, worinnen eine Zahlungsfrist bestimmt worden, auf vorgängig von dem Impetranten, nach Vorschrift der Erl. Proz.-Ordn. ad Tit. XXVI. §. 3 abgelegten Eid, daß er eine Quittung oder Bescheinigung wegen nach Ablauf sothanen Termines weiter erfolgter Verzinsung des verschriebenen Capitales nicht habe, noch gefährlicher Weise von Händen kommen lassen, auch nicht wisse, wo dergleichen sonst anzutreffen sein möchten, von diesem Zahlungstermine an; wenn aber die Wiedereinlösung des Unterpfandes nur auf vorgängige Aufkündigung gesetzt worden und der Impetrant die zuletzt ausgestellte Zinsquittung vor Erlaß der Edictalien ediret, auch dabei, daß er eine neuere nicht ediren könne, mittels vorbemeldeten Eides bestärke, von Zeit dieser letzten Quittung; oder wenn der Impetrant durch sothanen Eid, daß gar keine Zinsquittung vorhanden, erhärte, vom Dato des Consenses oder der bei beschehenen Cessionen über Translation der Hypothek ertheilten Urkunde; bei Ehestiftungen hingegen vom dreißigsten Tage nach Absterben des Ehegatten an zu rechnen seien".

Man darf nicht glauben, daß nach dem angezogenen Mandate der Edictalerlaß behufs der Cassation alter Consense ausschließlich oder hauptsächlich bei verjährten Forderungen habe eintreten sollen, daß also dabei eine Forderung, die bis zum Beweise der Unterbrechung, als verjährt zu betrachten, ein nothwendiges Erforderniß gewesen sei. Denn erstlich erwähnt das Mandat zunächst die Tilgung der Forderung; zweitens aber ist darin überhaupt nur von einer „genugsamen Vermuthung" entweder geschehener Tilgung, oder eingetretener Verjährung die Rede. Diese „genugsame Vermuthung" wird nicht als eine Rechtsvermuthung, sondern nur als eine factische Wahrscheinlichkeit für den Eintritt des einen oder des andern dieser beiden Ereignisse erwähnt, welche dadurch, daß der Gläubiger während eines langen Zeitraumes nichts zur Verfolgung seines Rechtes gethan hat, entsteht und von dem Gesetzgeber nur dazu geltend gemacht wird, um die Zulassung einer Procedur zu rechtfertigen, vermöge deren die un-

Digitized by Google

bekannten Interessenten ausnahmsweise gezwungen werden, ihre Ansprüche binnen einer peremtorischen Frist gerichtlich zu verfolgen.

Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. XIV., S. 506 fg.

Erwägt man überdies, daß der Edictalprozeß auch in diesem speciellen Falle der Cassation alter ungelöschter Hypotheken nur dazu dienen soll, die ihrer Existenz oder ihrem Aufenthalte nach unbekannten Berechtigten, also hier die Personen, welche als Gläubiger oder Rechtsnachfolger eines Gläubigers einen Anspruch auf die betreffende Forderung haben, auszumitteln und vor Gericht zu gestellen, daß also derselbe, als eine Species der Verschollenheitserklärung gegen die Person des Gläubigers, nicht gegen die Forderung gerichtet ist,

Zeitschrift l. c., S. 506 fg.

und daß somit die Ungültigkeitserklärung und Löschung der Hypothek nur als eine mittelbare Folge desselben auftritt, insofern entweder beim gänzlichen Außenbleiben aller Berechtigten eine allgemeine Präclusion eintritt, oder wenn sich berechtigte Personen gemeldet haben und der Schuldner seinen Anspruch auf Löschung gegen diese Personen durchzusetzen vermag, wobei nicht unberücksichtigt gelassen werden darf, daß letzterenfalls die weitere Erörterung und Entscheidung der Sache zwischen dem Antragsteller und den als Gegner aufgetretenen Personen außer dem Bereiche des eigentlichen Edictalverfahrens liegt, und nach den Grundsätzen des gewöhnlichen Civilprozesses zu erfolgen hat,

Wochenblatt für merkw. Rechtsf. 1858, S. 59. 60.

so ergiebt sich, daß es für den Zweck und die Zulässigkeit des Edictalprozesses schon nach älterem Rechte von nur untergeordneter Bedeutung ist, ob man denselben deshalb, weil eine Verjährung, oder deshalb, weil eine Tilgung der Schuld wahrscheinlich ist, für statthaft erachtet.

Das Gesetz vom 6. November 1843 hat in §. 28 Abs. 1 den Grundsatz aufgestellt, „daß gegen ein in das Grund- und Hypothekenbuch eingetragenes Recht an einem Grundstücke, so lange es nicht darin gelöscht ist, eine Verjährung nicht angefangen, noch vollendet werden könne" — was sich jedoch nach Absatz 2 desselben Paragraphen nicht auf Zinsen und andere verfallene Abentrichtungen erstrecken soll. Die Unverjährbarkeit der in das Grund- und Hypothekenbuch eingetragenen

Digitized by Google

Rechte ist eine absolute, nicht blos eine — dem gutgläubigen Dritten gegenüber bestehende — relative. In den Motiven zu §. 28 ist bemerkt worden, daß durch Annahme des Grundsatzes, daß hypothekarische Forderungen durch Verjährung nicht erlöschen können, ein Edictalverfahren wegen Löschung alter Hypotheken, wie es nach Maßgabe des Mandates vom 13. Novbr. 1779 stattgefunden habe, nicht ausgeschlossen werde; eine derartige Bestimmung könne keine Hypothekengesetzgebung entbehren, da ohne dieselbe es den Besitzern solcher Grundstücke, worauf alte Hypotheken, deren Inhaber unbekannt seien und deren Tilgung nicht nachgewiesen werden könne, hafteten, ganz unmöglich sein würde, sich solcher Hypotheken zu entledigen. Nur der Unterschied bestehe in diesem Stücke zwischen dem alten und neuen Rechte, daß sich die Vermuthung, welche aus dem Alter einer Hypothek unter gewissen Voraussetzungen entstehen solle, nicht mehr als eine Vermuthung des Erloschenseins der Forderung durch Verjährung, sondern des Erloschenseins durch Zahlung betrachten und bezeichnen lasse. Dieser Auffassung schloß man sich auch bei der ständischen Berathung der §§. 120. 121. des Entwurfs (§§. 122. 123. des Gesetzes) an,

Landtagsmittheil. 1842/43 I. Kammer, S. 618 u. 1703, II. Kammer, S. 2590.

ohne daß hierbei oder bei der Berathung des §. 233 (228 im Entwurfe) die vorliegende Streitfrage irgendwie berührt worden wäre.

Nun ist es zwar richtig, daß man sich von dem Zeitpunkte an, wo mit dem neuen Hypothekenrechte überhaupt auch jener Grundsatz der Unverjährbarkeit in Wirksamkeit trat, consequenter Weise zur Rechtfertigung des Edictalerlasses nicht ohne Beschränkung darauf beziehen konnte, daß das Alter einer Hypothek unter gewissen Voraussetzungen die Vermuthung des Erloschenseins durch Verjährung begründe; es würde vielmehr eine solche Motivirung — nach der auf transitorische Zustände berechneten Vorschrift in §. 13 der Ausführungsverordnung — nur in dem Falle noch anwendbar gewesen sein, wenn die Verjährung einer hypothekarischen Forderung vor Anlegung der Bücher und vor Ablauf der in §. 234 für den öffentlichen Aufruf bestimmten Frist bereits vollendet gewesen wäre; allein es ist auch schon oben bemerklich gemacht worden, daß und warum gerade dieses legislative

Digitized by Google

Motiv für die Zulässigkeit des Edictalverfahrens wegen alter, ungelöschter Hypotheken von keinem wesentlichen Einfluß auf die Sache und den eigentlichen Zweck des fraglichen Edictalverfahrens ist, und daß sogar schon das Mandat vom 13. November 1779 die Vermuthung der Tilgung der Schuld auf andere Weise, als durch die Verjährung, in erster Linie aufstellt. Von wesentlicher Bedeutung ist die Bestimmung des §. 28 nur in Bezug auf den mittelbaren Erfolg des Edictalprozesses, der, wie schon bemerkt, von der Statthaftigkeit und dem eigentlichen Zwecke der Edictalladung wohl zu unterscheiden ist; insofern nämlich nach dem neuen Rechte — abgesehen hier von dem in §. 13 der Ausführungsverordnung berührten Falle — dem sich meldenden Gläubiger die Verjährung der Forderung und der Hypothek nicht mehr entgegengehalten werden kann, also dem Pfandschuldner oder dritten Besitzer des verpfändeten Grundstückes nur noch der Beweis, daß die Schuld auf andere Weise getilgt worden sei, übrig bleibt; denn daß die Präsumtion des Erloschenseins durch Zahlung keine Rechtsvermuthung sei, ist auch nach dem neueren Hypothekenrechte um so gewisser, als darüber die ständischen Verhandlungen ganz klare Maße geben.

vgl. Landtagsmittheil. 1843/44 I. Kammer, S. 618. 1703., II. Kammer, S. 2590.

Zeitschrift l. c., S. 506 fg.

Daß gleichwohl die Factoren der Gesetzgebung bei der Abfassung und Berathung des Entwurfes die eigentliche Bestimmung des Edictalprozesses wegen alter ungelöschter Hypotheken nicht so scharf herausgehoben und die Bestimmungen des Mandats in eine gewisse Verbindung mit der nach älterem Rechte zulässigen Verjährung hypothekarischer Forderungen gebracht haben, ist für die vorliegende Streitfrage ohne Bedeutung. Das Gesetz — §§. 122. 123. — hat, wenn auch mit theilweise anderer Motivirung, das Edictalverfahren zum Behufe der Ungültigkeitserklärung und Löschung alter Hypotheken, ohne die prozessualische Bestimmung desselben — Ausmittelung der unbekannten Interessenten — aufzuheben, beibehalten, und nur in Ansehung der Dauer und der Berechnungsweise der Frist, welche vor dem Edictalerlasse abgelaufen sein muß, einige Abänderungen getroffen. Daß hiernach das Edictalverfahren nicht blos wegen solcher Forderungen,

Digitized by Google

die erst nach der Eröffnung der Grund- und Hypothekenbücher entstanden sind, sondern auch in Ansehung solcher, die bereits früher bestanden haben und bei der Anlegung der Grund- und Hypothekenbücher in diese mit aufgenommen worden sind, statthaft sei, ist unbestreitbar und stimmt damit völlig überein, daß die in §. 123 enthaltene, die Abkürzung der vierundvierzigjährigen Frist betreffende Bestimmung nach §. 126d der Ausführungsverordnung schon mit dem 1. Januar 1845, also unerwartet der Eröffnung der damals erst im Entstehen begriffenen Grund- und Hypothekenbücher, in Wirksamkeit treten sollte.

Dagegen giebt die Bestimmung in §. 123 wegen der Fristberechnung in Zusammenhalt mit dem §. 233 und dessen Schlußsatz allerdings zu mancherlei Zweifeln Anlaß. Es kann nämlich dabei zunächst die Frage entstehen, ob unter dem in §. 123 gebrauchten Worte „Eintrag" auch die bei der Anlegung der Grund- und Hypothekenbücher vorgekommenen Einzeichnungen (Ueberträge) der bereits bestehenden Forderungen mit zu verstehen seien, so daß, wenn seit der Eröffnung der Bücher neue, auf die betreffende Forderung bezügliche Eintragungen nicht erfolgt sind, der Edictalerlaß wegen alter, in das Grund- und Hypothekenbuch übergetragener Forderungen nach Eröffnung des betreffenden Foliums entweder

a) in allen, oder doch

b) wenigstens in den Fällen, wo nach dem Mandate vom 13. November 1779 I. 1. die in §. 123 auf 31 Jahr 6 Wochen 3 Tage reducirte Frist vom Tage der Consens- oder Translationsertheilung zu berechnen sein würde, vom Tage der Uebertragung in die Bücher berechnet werden müßte, sodann aber auch die fernere Frage, welchen Einfluß und welche Bedeutung man in dieser Beziehung dem in §. 233 gedachten Widerspruch beizulegen habe.

Bevor man sich auf eine Combination der §§. 122 und 123 mit dem §. 233 einlassen und das Verhältniß des letzteren zu den ersteren näher beleuchten kann, ist es nothwendig, die §§. 122 und 123 für sich allein zu prüfen.

Es war schon zu bemerken, daß in §. 122 das bisherige Edictalverfahren seiner Form und seinem eigentlichen Zwecke nach beibehalten worden ist. Dies folgt nicht blos aus dem insoweit klaren Wortlaute

Digitized by Google

des Gesetzes, sondern ist auch in den Motiven zu §§. 28, 122, 123 deutlich ausgedrückt. Außer der Verschiedenheit in der Motivirung der Zulässigkeit dieses Verfahrens und dem Einfluß des in §. 28 ausgesprochenen Grundsatzes der Unverjährbarkeit eingetragener Rechte auf den endlichen Erfolg desselben enthält der §. 123 nur die schon erwähnten, die Dauer und die Berechnung der Frist betreffenden Modificationen. In allen anderen Beziehungen sollte es also bei den Vorschriften des Mandats sub I. a. II. III. IV. und des Gesetzes vom 27. October 1834 — dessen Vorschriften hier von keiner Bedeutung sind — bewenden (§. 122). Da nun das Gesetz in §. 123 nur in den beiden Fällen, wo früher nach §. I. 1 des Mandats die 44jährige Frist von dem Datum des Consenses oder Translationsconsenses an zu berechnen war, eine Abänderung in der Maße getroffen hat, daß in diesen beiden Fällen die nunmehrige kürzere Frist von Zeit „des neuesten Eintrags in das Grund- und Hypothekenbuch" an berechnet werden soll, so ist die Behauptung vollständig gerechtfertigt, daß es für die übrigen in §. I. 1 des Mandats gedachten Fälle auch künftighin bei der früheren Berechnungsweise durchgehends habe verbleiben sollen. Man würde hier offenbar etwas in das Gesetz hineintragen, wovon Nichts darin steht, wenn man behaupten wollte, es müsse bei solchen Forderungen, die vor Anlegung der Grund- und Hypothekenbücher bereits existirten, auch in anderen, als den zuerst erwähnten beiden Fällen die in §. 123 gedachte Frist von der Zeit ihrer Uebertragung aus dem Entwurfe in das Grund- und Hypothekenbuch an berechnet werden. Es stehen aber der Voraussetzung, daß der §. 123 sich überhaupt auf Ueberträge bestehender Forderungen in das Grund- und Hypothekenbuch bei dessen Anlegung beziehen sollte, noch andere sehr erhebliche Bedenken entgegen, wie sich aus Folgendem ergiebt:

1.

Es wird zwar das Wort „Eintrag" im Gesetz und in der Ausführungsverordnung auch von den Einzeichnungen gebraucht, welche bei der Anlegung der Grund- und Hypothekenbücher zu bewirken waren, weil diese Einzeichnungen in der äußern Form mit den eigentlichen, dem neuen Hypothekenrechte eigenthümlichen Eintragungen möglichst in Uebereinstimmung gebracht werden mußten. Allein im engern und

Digitized by Google

technischen Sinne des Wortes bedeutet der Eintrag nur die Einzeichnungen, welche nach den Principien des Hypothekengesetzes Rechte an Grundstücken, beziehentlich eingetragenen Forderungen begründen, aufheben, beschränken oder als Sicherungsmaßregeln (§§. 16, 24, 25 des Gesetzes) dienen sollen, und in diesem engern Sinne ist das Wort Eintrag an denjenigen Stellen des Gesetzes aufzufassen, welche sich nicht auf die Anlegung der Bücher, sondern auf das neue Hypothekenrecht in seiner künftigen Gestaltung beziehen. Dahin gehören aber auch die Vorschriften der §§. 122, 123 unbeschadet des Umstandes, daß die Bestimmung wegen der mit den Principien des neuen Rechtes in keinem unmittelbaren Zusammenhange stehenden Dauer der Frist schon früher, als das letztere selbst angewendet werden sollte. Daß aber

2.

in §. 123 unter Einträgen nur solche verstanden worden seien, vermöge deren ein Pfandrecht nach den Grundsätzen des neueren Rechtes erworben oder zugleich mit der Forderung auf Dritte übertragen wird (§§. 82 fg. des Gesetzes), geht aus der Gleichstellung derselben mit der nach älterem Rechte zu demselben Zwecke üblichen Consens- und Translationsconsensertheilung hervor.

3.

Der neueste Eintrag in ein Grund- und Hypothekenbuch kann mit sprachlicher Richtigkeit nicht der genannt werden, vermittelst dessen eine bestehende Hypothekenforderung in das Grund- und Hypothekenbuch übertragen worden ist. Will man diese Uebertragung einen Eintrag nennen, so ist es gerade der erste und älteste Eintrag, der in Bezug auf diese Forderung auf dem Folium besteht.

4.

Die Zeit eines (wahren) Eintrages, welcher nach Eröffnung des Grund- und Hypothekenbuches erfolgt, ist der Tag, an welchem der Eintrag in das Grund- und Hypothekenbuch eingeschrieben wird. Dieser Tag muß dem Eintrage vorangestellt werden, der Anfangspunkt der Frist ist also bei diesen Einträgen durch den Inhalt des Grund- und Hypothekenbuches sofort gegeben. Bei Einträgen (im

Digitized by Google

weiteren Sinne), welche nur die Uebertragung einer schon bestehenden Hypothek in das neu angelegte Hypothekenbuch bezweckten, läßt sich die Zeit des Eintrages nicht fixiren; nach dem unzweideutigen Wortsinne könnte darunter nur die Zeit, wo der Eintrag in das Grund- und Hypothekenbuch übergeschrieben worden ist, verstanden werden, und diese ist aus dem Hypothekenbuche nicht erweislich zu machen, weil derartigen Einträgen, wie bekannt, ein ganz anderes, nämlich bei hypothekarischen Forderungen, ohne Unterschied, ob sie an eine dritte Person übergegangen waren oder nicht, das Datum der ursprünglichen Consensertheilung beziehentlich Anmerkung in den Gerichtsbüchern vorgesetzt werden mußte. Das Datum der Uebertrags- und Abschlußbemerkung — §. 118 der Ausführungsverordnung — kann mit dem Tage der Einschreibung einzelner Einträge dieser Art aus dem Entwurfe in das Grund- und Hypothekenbuch zusammengetroffen, es kann aber auch dieser Fall und wird sehr oft nicht eingetreten sein. Die Zeit des „auf eine Forderung bezüglichen Eintrags" ist also nicht identisch mit „der Abschlußbemerkung" und es gebricht an jedem Anhalten dafür, daß der Gesetzgeber unter der Zeit des auf eine Forderung bezüglichen Eintrags auch die Zeit des Abschlusses eines Grundstücksfoliums verstanden haben sollte.

5.

Endlich ist gar kein zureichender Grund abzusehen, weshalb der Gesetzgeber bei übertragenen Forderungen gerade in den in §. 123 allein bezeichneten Fällen unbedingt den Ablauf einer von dem Abschlusse des Foliums an zu berechnenden neuen Frist von 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen gefordert haben sollte, während dies in Ansehung aller übrigen in §. I. 1 des Mandates gedachten Fälle, wie gezeigt worden, nicht geschehen ist. Und überhaupt würde eine solche Annahme mit dem, was in den Motiven über die Unentbehrlichkeit des Edictalverfahrens zum Behufe alter ungelöschter Hypotheken gesagt worden ist, mit der schon am 1. Januar 1845 eingetretenen Abkürzung der Frist und mit der ganzen, auf Hebung und Beförderung des Realcredits berechneten wohlthätigen Tendenz des Gesetzes in grellem Widerspruche stehen.

Digitized by Google

Diese Betrachtungen führen — abgesehen hier von dem §. 233 — zu dem Ergebnisse, daß auch nach den Bestimmungen des Gesetzes vom 6. November 1843 das in §. I. 1 II. III. IV. des Mandates vom 13. November 1779 vorgezeichnete Edictalverfahren, nach der Terminologie des Gesetzes, zum Zwecke der Ungültigkeitserklärung alter Hypotheken, deren Inhaber unbekannt sind, sowohl in Ansehung solcher Forderungen, welche bereits vor der Eröffnung der Grund- und Hypothekenbücher bestanden und bei der Anlegung derselben ihre Aufnahme darin gefunden haben, als rücksichtlich solcher Forderungen, welche erst nach jenem Zeitpunkte durch Eintrag entstanden oder auf andere Personen übergegangen sind, stattfindet; daß, abgesehen von der Abkürzung der Frist, nach deren Ablauf der Edictalprozeß angestellt werden kann, nur die durch das Ingrossationssystem bedingte formelle Modification getroffen worden ist; daß bei Forderungen, welche erst nach der Eröffnung des Grund- und Hypothekenbuches entstanden oder durch Cession erworben worden sind, der Tag des bezüglichen Eintrages in den Fällen an die Stelle der vormaligen Consens- und Translationsconsensertheilung tritt, wo nach dem Mandate das Datum dieser Consensertheilung maßgebend war.

Die Bestimmung wegen des Anfangspunktes der Frist bezieht sich also nur auf die Zukunft und giebt dabei nichts der Sache nach Neues. Denn sobald an die Stelle der ehemaligen Consensertheilung der Eintrag in das Grund- und Hypothekenbuch tritt, kann natürlich auch jene Frist nicht mehr vom Tage einer Consensertheilung, sondern nur noch vom Tage des Eintrages an berechnet werden; das thatsächliche Ereigniß ist dasselbe, es wird nur in anderer Form zur äußern Erscheinung gebracht. Daher wird auch in den Motiven zu §§. 120, 121 des Entwurfes nicht diese den Anfangspunkt betreffende, eigentlich selbstverständige Anordnung, sondern nur die Abkürzung der Frist als etwas Neues für die künftige Anwendung des Edictalprozesses bezeichnet.

Hieraus folgt aber von selbst, daß die Bestimmungen in §§. 122, 123 des Gesetzes vom 6. November 1843 der Annahme nicht entgegenstehen, daß wegen einer älteren, in das Grund- und Hypothekenbuch übergetragenen Forderung die in §. 123 festgesetzte Frist in unveränderter Maße nach den im Mandate bestimmten Anfangspunkten

Digitized by Google

zu berechnen und somit der Edictalerlaß auch nach Eröffnung des Grund- und Hypothekenbuchs und in dem Falle nicht unzulässig ist, wenn der Anfangspunkt des Fristlaufs vor der Eröffnung des Buches eingetreten ist, vorausgesetzt nur, daß nicht etwa nach der zuletzt gedachten Zeit ein die Forderung betreffender neuer Eintrag im richtigen Sinne des §. 123 in das Grund- und Hypothekenbuch stattgefunden hat.

Fragt es sich nun weiter, in welches Verhältniß der §. 233 und namentlich die allein zu Zweifeln Anlaß gebende Schlußstelle desselben zu den Vorschriften in §§. 122, 123 zu bringen und wie diese Schlußstelle überhaupt zu verstehen und zu erklären sei, so muß man vor Allem den Zusammenhang des §. 233 mit den §§. 230—232 und 234—236 in Obacht nehmen. Alle diese unter der Ueberschrift „Vorlegung des Entwurfes an die Grundstücksbesitzer" enthaltenen Paragraphen betreffen das Verfahren, welches die Grund- und Hypothekenbehörden nach Vollendung der Entwürfe zu beobachten hatten und wodurch das endliche Zustandekommen der als Unterlage für den Rechts- und Geschäftsverkehr in Grund- und Hypothekenangelegenheiten nach den Principien und Vorschriften des neuen Rechtes erforderlichen Grund- und Hypothekenbücher vermittelt werden sollte. Die Erwägung, daß den Grundstücksbesitzern und Realberechtigten ein Mittel gegeben werden müsse, sich vor den Nachtheilen zu sichern, welche die künftige Anwendung des Princips der Oeffentlichkeit im Grund- und Hypothekenwesen (§§. 22, 23 des Gesetzes) im Falle unrichtiger oder unbegründeter Eintragungen, insbesondere aber auf Seiten der Besitzer durch die vom Standpunkte der Grund- und Hypothekenbehörde nicht zum umgehende Aufnahme solcher Realrechte und Forderungen, deren Beseitigung oder Tilgung zwar behauptet, aber nicht sogleich nachgewiesen werden würde, leicht zur Folge haben könnte, — hat augenscheinlich die Veranlassung gegeben, daß man sowohl dem Besitzer des Grundstückes, als den Realberechtigten das Befugniß einräumte, einen Widerspruch (§. 233), beziehentlich einen Einwand gegen den Inhalt des Entwurfsfoliums (§. 236) zu erheben, der an gehöriger Stelle ohne weitere Bescheinigung in das Grund- und Hypothekenbuch mit aufgenommen werden sollte, falls

Digitized by Google

die Grund- und Hypothekenbehörde sich nicht in der Lage befand, denselben in geeigneter Weise zur Erledigung zu bringen.

Ganz dieser Vorstellung entsprechend wird §. 233 bestimmt, daß die auf Antrag des Besitzers erfolgte Bemerkung eines solchen Widerspruchs im Grund- und Hypothekenbuche die Wirkung einer Protestation (§. 24, 25) habe; als eine specielle Folge dieser Protestation aber wird es im Schlußsatz bezeichnet, daß sie „in Bezug auf alte ungelöschte Hypotheken dem Besitzer den Gebrauch des Edictalverfahrens nach dem Mandate vom 13. November 1779 sichere, ohne daß die unter Widerspruch des Besitzers geschehene Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch (§. 123) demselben entgegenstehe". Die hierbei allegirten §§. 24, 25 handeln „von Sicherstellung durch Protestation". Die Protestation, deren Wirkung dem gedachten Widerspruche des Besitzers (ebenso wie den in §. 236 erwähnten Einwendungen der Realberechtigten) beigelegt wird, soll aber nach den Vorschriften der §§. 24 und 25 des Gesetzes nur zu Abwendung der Nachtheile dienen, welche das vorher (§§. 22, 23) entwickelte Princip der Publicität verursachen kann; sie soll den Effect haben, daß, so lange sie nicht wieder gelöscht worden ist, nichts weiter in dem Hypothekenbuche zum Nachtheile des Rechtes aufgenommen werden darf, dessen Sicherung — gegen Dritte (§. 22) — durch die Protestation bezweckt wurde, während es unter den handelnden Parteien einer solchen Sicherstellung gar nicht erst bedarf. Man wird schon durch den Zweck und das Motiv der §§. 230—233 und noch mehr durch die ausdrückliche Gleichstellung des Widerspruches mit einer dem neueren Hypothekenrechte in dieser Ausbildung eigenen Protestation von selbst darauf hingewiesen, daß die Bemerkung eines von dem Besitzer bei der Vorlegung des Entwurfes erhobenen Widerspruchs im Grund- und Hypothekenbuche nicht eine allgemeine Grundbedingung für die Statthaftigkeit des Edictalerlasses wegen alter ungelöschter, aber in das Grund- und Hypothekenbuch mit aufgenommener Hypotheken sein — sondern in seiner Eigenschaft als Protestation nur zur Sicherung desselben gegen dritte Personen, welche nach Eröffnung des Buches etwa noch als Inhaber der erloschenen Forderung eingetragen werden könnten, dienen solle, und es darf dabei auch auf den Gebrauch des Wortes „sichert" ein Gewicht

Digitized by Google

gelegt werden, dessen sich der Gesetzgeber gerade in Bezug auf den Zweck und die Wirkung der in §. 233 erwähnten Protestation bedient. Sollte der Widerspruch eine Grundbedingung für die Zulässigkeit des Edictalerlasses sein, so hätten treffendere Ausdrücke nahe gelegen. Auch die vorige Instanz ist nicht der Meinung, daß der Mangel des Widerspruches den Edictalerlaß vollständig ausschließe. Die Frage bleibt also nur die, ob bei Forderungen, welche schon früher entstanden und in das Grund- und Hypothekenbuch mit übertragen worden sind, die Frist, nach deren Ablauf die Edictalladung ausgebracht werden kann, auch inter partes nur in dem Falle, wenn der Widerspruch erfolgt und im Grund- und Hypothekenbuche bemerkt worden ist, nach Maßgabe des Mandates vom 13. November 1779 §. I. 1, andernfalls aber von der Zeit der Uebertragung in das Grund- und Hypothekenbuch an zu berechnen sei.

Hier lassen sich nun drei Fälle denken:

1) die obgedachte Frist beginnt erst nach Eröffnung des Grund- und Hypothekenbuchs;
2) sie ist bei der Anlegung und Eröffnung desselben im Laufen begriffen, oder
3) bereits vollendet.

Daß sich der §. 233 nicht auf den Fall sub 1 beziehen soll, ist klar; wohl aber kann sie auf den sub 2 gedachten Fall bezogen werden, obwohl es nach dem übrigen Inhalt des §. 233 so scheint, als wenn vornehmlich der Fall sub 3 dem Gesetzgeber vor Augen gewesen wäre, indem als Grund des Widerspruches die Behauptung des Besitzers angeführt wird, daß eine Forderung ꝛc. „durch Zahlung oder sonst erloschen sei". Nun wird aber in §. 233 die Berechnung der Frist speciell gar nicht, sondern nur im Allgemeinen der Edictalprozeß nach dem Mandate vom 13. November 1779 erwähnt, welcher nach §. 122, 123, abgesehen von den schon oben erwähnten unwesentlichen Abänderungen, in seiner bisherigen Form und zu seinem bisherigen Zwecke auch für die Zukunft kein neuer geworden, sondern immer noch derselbe geblieben ist. Dazu kommt, daß gar kein zureichender legislativer Grund vorhanden gewesen wäre, die Bemerkung eines Widerspruches blos hinsichtlich des Fristenlaufes und der Fristberechnung zu einer schlechterdings nothwendigen

Digitized by Google

Bedingung des Edictalerlasses zu erheben, und noch weniger dafür, daß dieser Widerspruch blos in einigen (§. 123 gedachten) Fällen, in allen übrigen aber nicht erforderlich sein solle.

Durch diese Erwägungen wird man zu dem Resultate geführt, daß der im §. 233 gedachte Widerspruch in der ihm beigelegten Eigenschaft einer Protestation dem Besitzer dazu dienen soll, sich den präsenten oder künftigen Anspruch (Rechtstitel) auf Löschung einer in den Entwurf mit aufgenommenen und in das Hypothekenbuch selbst übergetragenen hypothekarischen Schuld gegen die (in §§. 22, 23) gedachten Folgen der Oeffentlichkeit des künftigen Grund- und Hypothekenbuches zu sichern, d. h. sich die rechtliche Verfolgung dieses Anspruchs in der nach den Umständen geeigneten Prozeßgattung für alle Fälle, also auch für den Fall eines Edictalerlasses, gegen dritte Personen im Sinne des §. 22 zu bewahren. So aufgefaßt, stimmt der §. 233 nicht allein mit den allgemeinen Principien des Gesetzes, mit den Bestimmungen über die Protestation und deren Wirkung und der obigen Auslegung der §§. 122, 123, sondern auch mit der erläuternden Bestimmung in §. 13 der Ausführungsverordnung überein. Wie nämlich bereits erwähnt worden ist, soll nach der letzteren die vor Anlegung der Grund- und Hypothekenbücher und vor Ablauf der in §. 234 festgesetzten Frist bereits vollendete Verjährung einer hypothekarischen Forderung ihre Wirksamkeit nicht verlieren, sondern einen Rechtstitel auf Löschung begründen, so lange dieses Recht nicht auf einen Dritten übergegangen ist. Es kann, wie ebenfalls schon bemerkt worden ist, diese Vorschrift des §. 13, welche auf dem richtigen, allgemein anerkannten Grundsatze beruht, daß durch den Eintritt des neuen Gesetzes und die zu diesem Behufe nöthige Anlegung der Grund- und Hypothekenbücher die bereits bestehenden Rechtsverhältnisse nicht aufgehoben, noch verändert werden sollten, wo dies nicht zu consequenter Durchführung des Publicitätsprincips unbedingt erforderlich sei, einen wesentlichen Einfluß auf den Erfolg des Edictalerlasses insofern haben, daß der Besitzer den sich meldenden Prätendenten gegenüber eine bereits vor Anlegung der Bücher vollendete Verjährung für sich anzuführen und auf Grund derselben die Löschung der verjährten Hypothek zu erstreiten vermag; es liegt daher auch die Annahme nicht zu fern, daß man bei der Schluß-

Digitized by Google

stelle des §. 233 vorzugsweise an diesen Fall gedacht habe, zumal die Motiven zu §. 28 die Verjährung mit dem Edictalerlasse nach dem Mandate vom 13. November 1779 in Verbindung bringen.

Wenn aber der Gesetzgeber einer bereits vollendeten Verjährung ihre Wirksamkeit als Rechtstitel auf Löschung, so lange nicht das Princip der Publicität dazwischen trete, erhalten wissen wollte, wenn er dem Widerspruche des §. 233 die auf Schutz gegen die Oeffentlichkeit des Grund- und Hypothekenbuches berechneten Wirkungen einer Protestation beilegte, so würde er mit sich selbst in Conflict gerathen sein, wenn er dennoch diese Protestation für unbedingt nothwendig erklärt hätte, um jenen Rechtstitel auch zur formalen Anerkennung zu bringen. Der §. 233 erwähnt auch nicht den Widerspruch in Bezug auf jede Form der Rechtsverfolgung, sondern nur in Bezug auf die Sicherung des Edictalprozesses, und es würde an jedem Grunde für die Annahme fehlen, daß die rechtliche Verfolgung eines gesetzlich bestehenden Anspruchs gegen den unbekannten Interessenten mit Hülfe des hierzu einmal gegebenen Edictalprozesses nach anderen Grundsätzen, als die Verfolgung des nämlichen Anspruches gegen bekannte Interessenten durch Anstellung gewöhnlicher Klage zu beurtheilen wäre. Wollte man hier vielleicht einwenden, es sei dem unbekannten Interessenten gegenüber eine gewisse Sicherheit und Vorsicht geboten, so würde nur darauf hinzuweisen sein, daß der auf einseitigen Antrag bemerkte Widerspruch des Besitzers gar keine Garantie dafür geben kann, daß die Forderung erloschen sei.

Die Schlußworte des §. 233: „ohne daß die unter Widerspruch des Besitzers geschehene Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch (§. 123) demselben entgegensteht", könnten wegen des Allegats von §. 123 auf den ersten Anblick zu der Annahme führen, als wenn es in der Meinung des Gesetzgebers gelegen hätte, mit den in §. 123 gedachten Einträgen auch die Ueberträge zu treffen, welche bei Anlegung der Bücher erfolgt seien.

Es ist aber bereits gezeigt worden, daß der §. 123 selbst eine solche Auslegung nicht zulasse, und eine Abänderung oder Modification dieses Paragraphen konnte nicht durch das bloße, in Parenthesi und an einer hierzu nicht geeigneten Stelle erfolgte Citat des §. 123 getroffen werden.

Digitized by Google

Es läßt sich aber, wie man bei alledem nicht verkennt, dem Absatz 2 des §. 233 doch noch eine Bedeutung geben, welche weder mit der obigen Interpretation des §. 123, noch mit dem Wesen der Oeffentlichkeit der Grund- und Hypothekenbücher und dem Zwecke der Protestation nach §. 24 im directen Widerspruche steht. Es kann nämlich demselben der Gedanke zu Grunde gelegen haben, daß das ausdrückliche oder fingirte Anerkenntniß des Folienentwurfes zugleich ein Anerkenntniß jedes einzelnen Eintrages enthalte, und daß ein solches Anerkenntniß, falls es nicht durch einen gleichzeitigen Widerspruch paralysirt worden, einen damals bereits vorhandenen Anspruch auf Edictalerlaß ausschließe und beziehentlich den Lauf der in §. 123 gedachten Frist unterbreche. Auf diese Ansicht führt der Zusammenhang des §. 233 mit §§. 230—232. Es leuchtet ein, daß man solchenfalls dem Widerspruche eine doppelte Function einräumt; einmal die einer Protestation zur Sicherung des Rechtsmittels auf Löschung gegen Dritte, dann aber einer inter partes wirksamen, das Anerkenntniß als selbstständigen Verpflichtungs- oder als Beweisgrund ausschließenden Erklärung. Da es nun augenscheinlich nicht in der Meinung des Gesetzgebers gelegen haben kann, im Mangel dieser Erklärung den Edictalprozeß für alle Zeiten auszuschließen, gleichwohl aber eine Bestimmung über den Anfangspunkt der Frist, nach deren Ablauf derselbe solchenfalls noch zu impetriren sei, weder in §. 233, noch in §. 123 enthalten ist, so würde man die Eröffnung des Grund- und Hypothekenbuches als den Anfangspunkt derselben betrachten können. Von dieser Ansicht ist auch in einem früheren Falle dieser Art das OAG. ausgegangen. Da aber inmittelst durch das Gesetz vom 28. December 1849 ausgesprochen worden ist, daß ein fingirtes Anerkenntniß ebensowenig, als ein ausdrückliches, aber nur im Allgemeinen auf den ihm vorgelegten Entwurf gerichtetes Anerkenntniß in dem Rechtsverhältnisse des Besitzers gegenüber dem eingetragenen Berechtigten eine Veränderung begründen soll, so kann gegenwärtig wenigstens in den Fällen, wo ein speciell auf die Richtigkeit und den Fortbestand der bezüglichen Forderung gerichtetes Anerkenntniß nicht vorliegt, auch von dieser Seite her kein Grund gegen die Zulässigkeit des Edictalprozesses aus dem Mangel des Widerspruches entlehnt werden.

Digitized by Google

4.

Der Klage auf Löschung einer Hypothek auf Grund der vor Eröffnung des Hypothekenbuches eingetretenen Extinctivverjährung gegen den ursprünglichen Gläubiger oder dessen Erben kann nicht lediglich durch Bezugnahme auf §. 28 des Ges. vom 6. November 1843 begegnet werden.

II. Sen.-Erk. v. 21. Aug. 1862 no. 400/503.

Die Vorschriften des Hyp.-Ges. v. 6. Nov. 1843 §. 28 über die „Unverjährbarkeit der in das Grund- und Hypothekenbuch eingetragenen Rechte" stehen der Statthaftigkeit der erhobenen Negatorienklage nicht entgegen. Denn obschon diese Unverjährbarkeit im Sinne des Hypothekengesetzes eine unbedingte, d. h. eine solche ist, welche nicht blos in Bezug auf den dritten Inhaber des eingetragenen Rechtes, sondern auch in Bezug auf den ursprünglich Berechtigten und dessen Universalerben (inter partes) gilt, so lag es doch nicht in der Absicht des Gesetzgebers, durch die Einführung eines neuen, von dem bisherigen Rechte wesentlich abweichenden Gesetzes an einem, vor dem Eintritte des letzteren bereits bestehenden Rechtsverhältnisse eine wesentliche Abänderung zu treffen, wo diese nicht behufs der consequenten Durchführung der dem neuen Gesetze unterliegenden Principien nöthig war. Schon die Worte des §. 28 „gegen ein in das Grund- und Hypothekenbuch eingetragenes Recht an einem Grundstücke kann, so lange es nicht darin gelöscht ist, eine Verjährung weder angefangen, noch vollendet werden" geben an die Hand, daß eine vor dem Eintritt des Gesetzes und der Anlegung bez. Eröffnung der Grund- und Hypothekenbücher bereits vollendete und nach den bis zum Eintritte des neuen Hypothekenrechtes noch maßgebenden Bestimmungen des älteren Rechtes wirksame Extinctivverjährung von dem in §. 28 aufgestellten Grundsatze nicht unmittelbar betroffen wird; in §. 13 der Ausführung ist dies aber auch ausdrücklich anerkannt und erläuternd hinzugefügt worden, daß eine erlöschende Verjährung, welche vor Anlegung der Grund- und Hypothekenbücher und vor Ablauf der im öffentlichen Aufrufe bestimmten Frist (§. 234) bereits vollendet

Digitized by Google

war, ihre Wirksamkeit nicht verlieren, sondern einen Titel zur Löschung des durch Verjährung erloschenen, aber in das Grund- und Hypothekenbuch (bei der Anlegung desselben) eingetragenen Rechtes gewähren soll, so lange dieses Recht nicht auf einen Dritten (§. 22, 23) übergegangen ist. Daß die Extinctivverjährung demungeachtet nur einen Rechtstitel auf Löschung begründen kann, folgt aus den Wesen und Grundprincipien des neueren Hypothekenrechtes, nach denen, insbesondere auch mit Rücksicht auf die Oeffentlichkeit der Grund- und Hypothekenbücher, die einmal in das Grund- und Hypothekenbuch aufgenommenen Rechte so lange fortbestehen, bis sie thatsächlich in demselben wieder gelöscht worden sind. Selbstverständlich ist ferner, daß dem Besitzer des belasteten Grundstückes eintretenden Falles freistehen muß, den in §. 13 der Ausführungsverordnung in völliger Uebereinstimmung mit dem Gesetze selbst anerkannten Rechtstitel auf Löschung des durch eine vor der Eröffnung des Buches bereits vollendete Verjährung erloschenen Rechtes, in jeder nach den sonstigen Umständen hierzu geeigneten Prozeßgattung geltend zu machen. Dieses Befugniß steht ihm nach §. 13 der Ausf.-Verordn. und §. 233 des Gesetzes selbst gegen dritte Personen im Sinne der §§. 22, 23 zu, falls er sich dasselbe durch einen Widerspruch bei Anlegung des Grund- und Hypothekenbuches oder auch nach diesem Zeitpunkte noch durch eine Protestation (§. 24, 25) rechtzeitig gewahrt hat. Zur Ausführung des gedachten Rechtstitels gegen den Gläubiger selbst oder dessen Universalsuccessoren bedarf es aber dieses Widerspruches nicht, weil sich diese bekanntlich auf das Princip der Oeffentlichkeit der Grund- und Hypothekenbücher nicht berufen könnten; es wird auch in Ansehung dieser Personen der Eintrag eines Widerspruchs in §. 233 zur Sicherstellung der Rechte des Besitzers nur in Ansehung des Edictalprozesses speciell erwähnt. Wie man hierbei die Bestimmung des Gesetzes über „die Sicherung des Edictalprozesses" nach dem Mandate vom 13. November 1779 zu verstehen habe, braucht hier nicht erörtert zu werden, da der Fall eines solchen nicht eingetreten ist. Eine Novation, wie Beklagte meinen, kann in dem widerspruchslosen Uebertrag einer damals bereits verjährten Forderung in das Grund- und Hypothekenbuch nach der Bestimmung des Gesetzes vom 28. December 1849 in keiner Weise gefunden werden, und sobald dieser Gesichtspunkt ausfällt, bedarf es

Digitized by Google

auch zur Sicherung des Rechtstitels auf Löschung, dem ursprünglichen Gläubiger und dessen Erben gegenüber, keines Widerspruches und keiner Protestation.

III. Handels- und Wechselrecht.

8.

Kauf nach Probe. — Uebergang der exceptio non adimpleti contractus in die exc. non rite a. c. in Folge Disposition über die Waare.

II. Sen.-Erk. v. 10. Oct. 1862 no. 650/670.

Der Einwand des Beklagten, daß nicht ein gewöhnlicher Lieferungskauf, wie Inhalts der Klage anzunehmen sein würde, sondern ein Handel nach Probe abgeschlossen worden sei, enthält die Einrede des nicht erfüllten Vertrags, vermöge dessen Beklagter nur unter der Voraussetzung sich zu Annahme der Waare und Bezahlung des Kaufpreises für verpflichtet erklärt, daß Kläger nachweiset, daß er seinerseits durch probemäßige Lieferung der Waare den Contract erfüllt habe. Mit dem gedachten Einwande ist jedoch Beklagter nicht zu hören, wenn er thatsächlich sein Einverständniß, daß der Handel wegen der angeblichen Probewidrigkeit der Waare nicht aufgelöset werde, zu erkennen gegeben un dmithin stillschweigend auf die exceptio non adimpleti contractus verzichtet hat, indem solchenfalls die Bezugnahme auf die Fehlerhaftigkeit der Waare nur als exceptio non rite adimpleti contractus, welche für den Beklagten die Nothwendigkeit, die Probewidrigkeit und den für ihn hierdurch entstandenen Schaden factisch schlüssig zu begründen und in Gewißheit zu setzen, erzeugt, aufgefaßt werden kann. Ganz abgesehen nun von der Frage, ob nicht schon aus dem Zugeständnisse des Beklagten in der Anmerkung zum 6. Einlassungspunkte, daß die von dem Kläger erkauften Papiere in die Druckerei, woselbst er, Beklagter, drucken lasse, abgeliefert worden

Digitized by Google

seien, der Verbrauch der Papiere in den Nutzen des Beklagten zu folgern sein dürfte, zumal wenn man berücksichtigt, daß Beklagter die Papiere nach seinem Zugeständnisse beim 6. Einlass.-Punkte schon im Jahre 1858 in Empfang genommen hat, so steht nach der Ansicht des OAG.'s der Beachtung des oftgedachten Einwandes des Beklagten der von dem Kläger im Original beigebrachte, von Beklagtem anerkannte Brief d. d. 1. August 1861 entgegen. Denn in diesem erst 3 Jahre nach Empfang der Waare geschriebenen Briefe hat Beklagter weder gegen die Qualität der erkauften Papiere selbst, noch gegen die Höhe der Schuld, oder, wie er sie im Briefe bezeichnet, der offenstehenden Rechnung, eine Ausstellung erhoben, vielmehr lediglich unter Bezugnahme auf bedeutende Verluste, welche er erlitten habe, um Gestundung gebeten. Offenbar würde Beklagter dem Briefe die Bl. ersichtliche Fassung nicht gegeben haben, wenn er beabsichtigt hätte, unter Bezugnahme auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages Seiten des Klägers, die Zahlung ganz zu verweigern und die Waare zurückzugeben. Wollte man nun selbst der Ansicht des Beklagten beitreten, daß der Brief einen vom Kläger zurückgewiesenen Vergleichsvorschlag enthalte, so würde doch mit Hinblick auf die Eingangsworte des Briefes im günstigsten Falle dem Beklagten nur freigestanden haben, die exceptio non rite adimpleti contractus vorzuschützen und gehörig zu begründen, nicht aber nunmehr noch die Annahme der Waare gänzlich abzulehnen.

9.

Erledigung der Folgen des Handelsabschlusses „auf Besicht" resp. „nach Probe" durch Uebernahme nach theilweiser Prüfung am Platze.

II. Sen.-Erk. v. 7. Nov. 1862 no. 758/744.

Obwohl Beklagter den Abschluß des in der Klage behaupteten Kaufcontractes nur unter der doppelten Beschränkung zugestanden hat, daß er sich die Besichtigung der erkauften Wolle vorbehalte und die Bedingung gestellt habe, daß die zu liefernde Waare der von dem Agenten R. vorgezeigten Probe entspreche, so ergiebt sich dennoch aus den weiteren Auslassungen des Beklagten, daß weder ein Kauf auf

Digitized by Google

Besicht, noch nach Probe, sondern ein sogenannter Platzhandel über eine bestimmte, vom Beklagten besichtigte species vorliegt. Beklagter führt nämlich selbst an, daß der Kauf zu einer Zeit, wo er und Kläger auf der Leiziger Messe anwesend gewesen seien und die Waare auf dem dasigen Lagerhofe verpackt sich befunden habe, noch vor Besichtigung der Wolle zu Stande gekommen sei, und daß er sich hierauf mit dem Kläger, nachdem er sich mit demselben in der vorbemerkten Weise vereinigt, Behufs der Besichtigung und Verwiegung der Wolle auf den Lagerhof begeben und daselbst eine Besichtigung insoweit stattgefunden habe, als vom Kläger in mehrere Ballen, in denen die Wolle verpackt gewesen, einige zwei Zoll große Löcher geschnitten worden seien. Da nun auch Beklagter nicht in Abrede stellt, daß bei derselben Besichtigung die erkaufte Wolle verwogen und ihm hierauf vom Kläger durch den Neustädter Fuhrmann zugesendet worden sei, so hat der anfänglich gestellte Vorbehalt der Besichtigung und Probemäßigkeit der Waare durch die später vorgenommene Prüfung derselben am Lagerorte, wie bereits von der zweiten Instanz mit Recht bemerkt worden ist, seine Wirksamkeit verloren. Denn nach der Art und Weise, wie zufolge der Darstellung des Beklagten der Kauf abgeschlossen worden ist, mußte der Verkäufer von der Voraussetzung ausgehen, daß der Beklagte bei Stellung des oftgedachten Vorbehaltes den Zweck verfolge, seine Zustimmung zu dem Vertrage bis zur Besichtigung der am Orte des Kaufabschlusses vorhandenen Waare und bis zu der hierbei vorgenommenen Prüfung, ob dieselbe der ihm vom Agenten Klägers vorgezeigten Probe entspreche, zu suspendiren, mithin seine Willensmeinung, daß er nicht einen Lieferungskauf über ein genus, bei welchem er die Wahl und Ausscheidung der species dem Verkäufer überlasse, sondern einen Platzhandel über eine von ihm zu besichtigende species abschließen wolle, zu erkennen zu geben. Nun gilt aber bei dem Platzhandel die Waare, sobald sie der Käufer vor oder nach dem Handelsabschlusse besichtigt hat und sich dieselbe ausliefern läßt, dergestalt als definitiv genehmigt, daß eine Ausnahme von dieser Regel nur dann eintritt, wenn sich der Käufer bei der Besichtigung der Waare durch besondere Verabredungen vorgesehen, insbesondere die nochmalige Untersuchung und Prüfung der Waare

Digitized by Google

nach der Ablieferung und Aufnahme derselben in seiner Behausung ausbedungen hat.

Heise und Cropp, juristische Abhandlungen Bd. I., S. 194 fg. Brinkmann, Lehrbuch des Handelsrechts, S. 299.

Auch ist der Einwand des Beklagten, daß die Besichtigung der Wolle eine unzureichende gewesen sei, da er nicht den gesammten Inhalt der Ballen habe sehen und besichtigen können, unerheblich, indem Beklagtem, falls er sich mit der Art und Weise, wie vom Kläger die Ballen geöffnet worden sind, nicht begnügen wollte, obgelegen hätte, auf eine vollständigere Oeffnung der Ballen zu bestehen oder sein Interesse durch einen geeigneten Vorbehalt dem Kläger gegenüber zu wahren.

10.

Ueber die Erfordernisse der Klage eines Actionärs auf Erhöhung der Dividende.

II. Sen.-Erk. v. 30. Octbr. 1862 no. 637/649.*)

Zu dem Nachweise der Klagberechtigung gegen den Verwaltungsrath der L. Creditanstalt als den Vertreter des genannten Actienvereins hat Kläger lediglich angeführt:

a) daß er Actionär sei und sich als solcher in der Generalversammlung vom 30. Mai 1860 legitimirt habe, und

b) daß er sich zur Zeit in dem Besitze der in der Klagbeilage C. verzeichneten 623 Dividendenscheinen befinde.

---

*) Kläger, angeblich Actionär der A. D. Creditanstalt zu L. und Inhaber von 623 Stück Dividendenscheinen pro Juli 1860, nach Bekanntmachung mit 3 Proc. einlösbar, klagte gegen den Verwaltungsrath auf Normirung der Dividende auf 4 Proc., indem er nachzuweisen suchte, daß der Normativbeschluß, wonach die Dividende zu nur 3 Proc. fixirt worden, auf unrichtigen Prämissen beruhe und der Geschäftsstand 4 Proc. bevorwortet habe. Die Klage wurde in allen Instanzen resp. i. d. a. M. abgewiesen. Das OAG. ließ die materiellen Bedenken dahingestellt und bemerkte zu weiterer Ausführung des Grundes: daß Kläger darauf, daß er zu Geltendmachung formell berechtigt sei, sich in schlüssiger Weise nicht bezogen, das im Texte gegebene.

Digitized by Google

Das Anführen sub a. ist für den gebrauchten Eidesantrag offenbar zu allgemein, wie bereits nachgewiesen worden ist. Denn mit Hinblick darauf, daß nach §. 11 und 25 der mittelst Decretes vom 2. Mai 1856 bestätigten Statuten der Creditanstalt in Leipzig nur derjenige als Actionär anzusehen ist, welcher eine oder mehrere Actien besitzt, und daß die Actionäre in der Generalversammlung durch Vorzeigung ihrer Actien sich zu legitimiren haben, und nur solchergestalt das Recht zu stimmen erlangen, war Kläger verpflichtet, in der erhobenen Gewissensklage anzuführen, daß und wie viel Actien er besitze, beziehentlich in der Generalversammlung vorgezeigt habe. Der Grundsatz aber, daß Mängel der Klage in Bezug auf schlüssige Begründung für den gebrauchten Eidesantrag durch ausdrückliche Zugeständnisse des Beklagten erledigt werden, leidet keine Anwendung auf fingirte Zugeständnisse, indem der Beklagte auf eine unschlüssige Klage weder sich einzulassen verpflichtet ist, noch aus einer bewirkten fehlerhaften Einlassung der unschlüssigen Klage für geständig und überführt erachtet werden kann. Unter diesen Umständen kann die Bl. berührte Frage, ob die Geltendmachung von Ansprüchen der vorliegenden Art Seiten eines einzelnen Actionärs gegen den Actienverein die Bezugnahme des Besitzes von Actien zur Zeit der Generalversammlung und der Klagerhebung genüge, oder ob eine Zahlung nur gegen Production der Actien zur Zeit der Execution gedenkbar sei, auf sich beruhen.

Hiernächst ist das Anführen oben unter b., daß sich Kläger dermalen im Besitze von 623 Stück Dividendenscheinen befinde, irrelevant, weil die Dividendenscheine au porteur für sich allein nicht die Rechte des Actionärs, sondern nur einen Anspruch auf die ausgefallene Dividende gewähren. Von Zins-Coupons unterscheiden sich nämlich Dividendenscheine dadurch, daß erstere auf fest normirte Zahlungsposten lauten, während der Werth der einzelnen Dividendenscheine vom Fortgange und dem Erfolge des Actienunternehmens, wie er sich in der betreffenden Rechnungsperiode gestaltet hat, abhängig ist. Erst dann, wenn der unter die Actionäre zu vertheilende Gewinn (Dividende) auf die in den Statuten vorgezeichnete Art und Weise festgestellt ist, erlangt der Besitzer des Dividendenscheines auf die nach Ablauf einer bestimmten Rechnungsperiode ausgeworfene Dividende einen Anspruch,

Digitized by Google

vor Feststellung derselben tragen Dividendenscheine den Charakter aleatorischer Papiere an sich.'

Kuntze, die Lehre von den Inhaberpapieren §. 135, S. 615 fg.

Auch lauten die Dividendenscheine zu den Actien der Leipziger Creditanstalt, wie aus dem an die Statuten angefügten Formulare erhellt, ausdrücklich dahin, daß der Inhaber dergleichen Scheine bei der Casse der allgemeinen deutschen Creditanstalt diejenige Dividende erhalte, welche durch öffentliche Bekanntmachung des Verwaltungsrathes gedachter Anstalt auf den im Dividendenscheine benannten Termin festgesetzt werden wird. Kläger ist daher als Besitzer von dergleichen Dividendenscheinen zu Erhebung einer höheren Dividende, als der vom Verwaltungsrathe bekannt gemachten, nicht berechtigt, indem die Frage, ob eine größere Dividende habe ausgeworfen werden können, die Rechte der Actionäre selbst berührt und daher auch nur von diesen ein hierauf begründeter Anspruch verfolgt werden kann.

11.

In der Annahme und dem ausstellungslosen zeitweiligen Behalten eines Contocorrents liegt kein Anerkenntniß der Richtigkeit des danach dem Contocorrentgeber zustehenden Saldo's.*)

II. Sen.-Erk. v. 14. Oct. 1862 no. 588/657.

Ohne Erfolg beruft sich die Klägerin darauf, daß der Beklagte die ihm mitgetheilten Rechnungsabschlüsse angenommen und keine Ausstellungen erhoben habe. In der Annahme dieser Berechnungen liegt schon deshalb kein Anerkenntniß, weil der Natur der Sache nach dem Beklagten auch ohne besondere Verabredung die zur Prüfung derselben nöthige Zeit vergönnt werden mußte. Aber auch daraus, daß er nicht

*) In einem II. Sen.-Erk. v. 30. Oct. 1862 no. 595/604 wurde bemerkt: „Es liegt auf der Hand, daß Behauptungen wie die: Beklagter habe nach Empfang der halbjährigen Contocorrent-Abschlüsse die Geschäftsverbindung mit dem Kläger in der früheren Weise fortgesetzt und ohne Weiteres fernere Zahlungen geleistet, nicht solche Thatsachen begreifen, aus welchen mit Nothwendigkeit auf eine dahin gerichtete Willensmeinung des Beklagten, jene Abschlüsse als richtig anzuerkennen, geschlossen werden konnte."

Digitized by Google

in der nächsten Zeit, sondern erst nach Anstellung der Klage Ausstellungen gegen die Richtigkeit des Contocorrents erhoben hat, kann weder ein Anerkenntniß der Richtigkeit der ihm mitgetheilten Rechnungsabschlüsse, noch ein Verzicht auf seine Ausstellungen gegen dieselben erblickt werden, weil das bloße Stillschweigen zu dem was ein Anderer gethan oder erklärt hat, in der Regel nicht als Zustimmung oder Verzicht auf den Widerspruch gilt.

Zeitschr. für Rechtspfl. u. Verw. Bd. 19, S. 455 fg.

Eine Ausnahme von dieser Regel tritt nur in den gesetzlich bezeichneten und höchstens in einzelnen diesen principiell analogen Fällen ein, wo aus besonderen, in dem persönlichen Verhältnisse der Betheiligten zu einander, oder in der Wichtigkeit des Rechtsgeschäftes liegenden Gründen eine Pflicht, sich zu erklären, statuirt werden mag. Daß solche besondere Umstände nicht obwalten, wenn sich Jemand nicht sogleich über die Richtigkeit einer Forderung, welche mündlich oder schriftlich (durch Zustellung einer Rechnung) an ihn gestellt worden ist, erklärt hat, bedarf ebensowenig einer besonderen Erörterung, als daß das von dem Beklagten beobachtete Stillschweigen an sich keinen irgendwie sicheren logischen Schluß darauf zuläßt, daß die ihm übermittelten Rechnungsabschlüsse in der That richtig gewesen seien, oder der Beklagte dieselben habe, für richtig anerkennen und auf Ausstellungen verzichten wollen.

12.

Der durch das Blancoindossament legitimirte Inhaber eines Wechsels braucht sich nicht über die Veranlassung und die Gründe dieses Indossaments oder das zwischen ihm und seinem Indossanten sonst etwa bestehende Rechtsverhältniß auszuweisen.

II. Sen.-Erk. v. 4. Decbr. 1862 no. 850/807.

(Der Satz wurde in einer [Separat-]Wiederklagsache ausgesprochen, als Wiederbeklagter, der für die Convention durch Blancoindossament legitimirte Wechselkläger, über die Veranlassung des Letzteren sich im Verfahren, abweichend von der Klagdarstellung ausgesprochen und nun Wiederkläger in Folge dessen die Beweislast auf den Gegner wälzen wollte.)

Digitized by Google

13.

Das Versprechen eines Wechselgläubigers: von dem Wechsel gegen den Wechselschuldner keinen Gebrauch zu machen, gewährt Letzterem Ersterem gegenüber eine tüchtige Einrede.

II. Sen.-Erk. v. 4. Decbr. 1862 no. 850/807.

(Der Satz wurde conform mit dem AG. Dresden in einer [Separat-] Wiederklagsache als aus den Bestimmungen des Art. 82 der W. O. folgend ausgesprochen.)

14.

Einrede der nicht erhaltenen Valuta?

II. Sen.-Erk. v. 4. Decbr. 1862 no. 850/807.

(H. trassirte 1500 Thlr. auf J. an eigene Ordre. J. acceptirte. H. indossirte in Bianco (an G.), sodann G. ebenso (an X.). Nun sollte X. sich gegen H. und J., ihnen durch Anstrengung seines Credits bei einem Thüringer Bankinstitut für jenen Wechsel die Summe von 1500 Thlr. baar zu verschaffen, verbindlich gemacht, jedoch statt dessen die Tratte an G. und R. gegen Empfang der Valuta girirt haben. Als nun das Papier in Protest gegangen und X. den Acceptanten J. im Wechselprozesse auf Zahlung genöthigt, führte J. in einer in separato angestellten (Wieder-) Klage u. A. jenes Sachverhältniß aus und es wurde dasselbe als eine der Wechselklage des X. an sich entgegenzusetzende illiquide Einrede in dem Separatum für beachtlich befunden.)

Digitized by Google

IV. Römisches und Sächsisches Civilrecht.

20.

Zur Lehre vom dictum et promissum.

II. Sen.-Erk. v. 21. Octbr. 1862 no. 715/699.

Man kann zugeben, daß die bestimmte Erklärung des Verkäufers, daß die verkaufte Sache fehlerfrei sei, die Verbindlichkeit desselben für die beim Handelsabschlusse vorhandenen Fehler einzustehen, begründet und der Hinzutritt eines Versprechens, für die behauptete Fehlerfreiheit haften zu wollen, zu diesem Behufe nicht erforderlich ist, da schon nach römischem Rechte

l. 18. pr. §. 1. 2., l. 19. pr. §. 1., 2., 3., 4., l. 20. D. de aed. ed. (21. 1.)

das dictum (die Versicherung) ebenso wie das promissum (das feierliche oder formlose Versprechen) des Verkäufers diese Haftung und in Folge derselben auch die redhibitorische Klage erzeugte. Ferner bieten zwar die Bl. citirten Gesetzstellen (l. 19 §. 6, l. 20 D. de aed. ed.) kein bestimmtes Anhalten für die Beantwortung der Frage, ob das Versprechen oder die Versicherung beim Abschlusse des Handels gegeben oder beziehentlich wiederholt werden müsse, indem insonderheit die l. 20 cit. nur von der Concurrenz einer Versicherung (dictum) mit einem später in der Form der Stipulation erfolgten Versprechen (promissum) handelt und bestimmt, daß solchenfalls auch aus der, beim Kaufe (statim ut veniit mancipium) ertheilten Zusage geklagt werden könne. Man ist aber auch in der gegenwärtigen Instanz der Meinung, daß eine Versicherung der gedachten Art, welche bei Gelegenheit der dem Abschlusse des Kaufes vorangegangenen Verhandlungen vom Verkäufer ausgesprochen worden ist, in Wirksamkeit treten kann, obschon diese Verhandlungen nicht sogleich und ohne Unterbrechung zum definitiven Abschlusse geführt haben und bei dem letzteren selbst die Zusage nicht wiederholt worden ist. Die Beantwortung

Digitized by Google

dieser Frage hängt jedoch von den Umständen des zur Entscheidung vorliegenden Falles ab und setzt eine genaue Kenntniß von dem Gange und dem Inhalte der Verhandlungen voraus, welche bis zum Abschlusse des Kaufes stattgefunden haben, weil sich nur auf diese Weise mit Sicherheit erkennen läßt, ob die Zusage des Verkäufers in Bezug auf die besondere Beschaffenheit des Kaufobjectes fortwährend als eine Bestimmung des Vertrages festgehalten worden ist.

21.

Die Anstellung eines Schichtmeisters auf einer Privatgrube ist i. Z. eine kündbare. — Kündigungsfrist.

II. Sen.-Erk. v. 16. Oct. 1862 no. 615/637.

Das OAG. hat bei nochmaliger Erwägung sich nicht veranlaßt finden können, von der bereits früher ausgesprochenen Ansicht, daß die Anstellung eines Schichtmeisters bei im Privatbesitz einzelner Personen oder Gewerkschaften befindlichen Gruben und Grubenanlagen als eine lebenslängliche nicht anzusehen sei,

Annalen des OAG.'s Bd. V., S. 231.

abzugehen. Diese Ansicht hat Kläger bestritten, weil die Bergwerkschichtmeister in Sachsen von jeher nicht als Privatbedienstete betrachtet und nach den über Privatdienste geltenden Grundsätzen beurtheilt, sondern als öffentliche Beamte nach gleichen Grundsätzen wie die Staatsdiener behandelt worden seien, insbesondere eine Entlassung der Schichtmeister von der ihnen übertragenen Function nicht durch beliebige Kündigung Seiten derer, von denen sie engagirt worden, bewirkt, sondern nur im Falle befundener Untreue oder Unfleißes durch die vorgesetzte Bergbehörde habe ausgesprochen werden können, indem sich Kläger auf Art. 44 der churfächs. Bergordnung vom 12. Juni 1589 „daß die Schichtmeister aus Neid der Gewerken, dafern nicht Untreue oder Unfleiß von ihnen bemerkt worden, von den Bergbehörden den Gewerken zu Liebe nicht abgesetzt werden sollen", bezieht. Auf die zuletzt erwähnte Bestimmung, sowie überhaupt auf die früheren bergrechtlichen Grundsätze und Observanzen kann sich jedoch Kläger deshalb nicht berufen, weil nicht nur durch §. 308 des Berggesetzes vom 22. Mai 1851 alle früheren den Regalbergbau betreffenden gesetzlichen

Digitized by Google

Bestimmungen außer Kraft gesetzt, sondern auch in der Ausführungsverordnung zum Berggesetz vom 16. Decbr. 1851 §. 66 Ges. u. V.Bl., S. 432) ausdrücklich vorgeschrieben worden ist, daß nur die vor dem 5. Januar 1852 angestellten Schichtmeister in Ansehung ihrer Dienstverhältnisse gegen die Grubenbesitzer und Grubenvorstände die ihnen nach der zeitherigen Verfassung zustehenden Rechte, jedoch unbeschadet der Bestimmungen in §. 99 des Berggesetzes, behalten sollen, gleichwohl Kläger Inhalts der Klage von dem Erblasser der Beklagten erst am 6. März 1853 als Betriebsschichtmeister für die ihm zugehörigen 17 Gruben im Schwarzenberger und Marienberger Bergamtsbezirk engagirt worden ist. Unter diesen Umständen bedarf es keines Eingehens auf die Frage, welche auf der früheren Bergverfassung beruhenden Rechte den vor dem 5. Januar 1852 angestellten Schichtmeistern in Ansehung ihres Dienstverhältnisses gegen die Grubenbesitzer durch die angezogene Ausnahmebestimmung der Ausführungsverordnung gewahrt worden sind, namentlich ob in Sachsen vor dem Erscheinen des neuen Berggesetzes die Ansicht mehrerer Rechtslehrer, daß ein Schichtmeister seiner Stelle nur aus erheblichen von der Bergbehörde genehmigten Gründen entsetzt oder aus derselben nur dann, wenn er solche nicht mehr zu versehen im Stande sei, entlassen werden dürfe,

Hake, Commentar über das Bergrecht, Sulzbach 1823, §. 258, S. 193.

angewendet oder ob nicht vielmehr, wie von

Freiesleben, der Staat und der Bergbau mit Rücksicht auf Sachsen ed. 2 v. J. 1839, §. 43, S. 222 fg.

behauptet wird, der Grundsatz befolgt worden sei, daß die Ernennung und Wahl der Schichtmeister durch die Grubeneigenthümer erfolge, mithin erstere von den letzteren dergestalt in ihren Dienst genommen und verlohnt würden, daß zwischen ihnen ein rein privatrechtliches Dienstverhältniß eintrete, woraus folge, daß die Schichtmeister von den Grubenbesitzern nach dem eingegangenen in Gemäßheit privatrechtlicher Grundsätze zu beurtheilenden Contractsverhältnisse unzweifelhaft entlassen werden könnten und der Staatsaufsichtsbehörde nur insofern eine Cognition zustehe, als sie einer Seits auf Innehaltung der Kündigungsfrist zu sehen, anderer Seits auf polizeilichen Gründen und in Folge Disciplinarverfahrens oder auf Grund richterlicher Ent-

Digitized by Google

scheidung die Dienstentlassung eines Schichtmeisters selbst ohne Rücksicht auf die Zustimmung des Dienstherrn verfügen können.

Freiesleben, a. a. O., S. 225 fg.

Auch werden die Schichtmeister und Steiger im Eingange der Verordnung vom 1. November 1834, die den bauenden Gewerken beim Bergbau zustehenden Befugnisse betr. (Ges.-Samml. v. J. 1834, S. 340) ausdrücklich als gewerkschaftliche Diener bezeichnet.

Was nun das Berggesetz vom 22. Mai 1851 anlangt, so ergiebt sich aus §. 90, 94, 95, 98, 99 und 100 in Verbindung mit §. 1c des Regulativs C. (Ges. u. V.Bl., S. 266) nach der Ansicht des OAG.'s, daß das Dienstverhältniß zwischen den Grubenbesitzern und den von ihnen angestellten Schichtmeistern nach privatrechtlichen Grundsätzen zu beurtheilen ist, und das gedachte Contractsverhältniß, sobald nicht die Anstellung des Schichtmeisters auf Lebenszeit erfolgt ist, nach vorausgegangener Kündigung aufgehoben werden kann. Während nun andere neuere Berggesetze die gedachte Kündigungsfrist gesetzlich festgestellt, z. B. das allg. österr. Berggesetz vom 23. Mai 1854 vorgeschrieben hat, daß die von Bergwerkbesitzern angestellten Beamten und Aufseher, insofern durch die Dienstverträge oder durch die Dienstordnung nicht andere Bestimmungen getroffen worden sind, nur nach einer dreimonatigen, Arbeiter nach einer nur zehntägigen Aufkündigungsfrist aus dem Dienste austreten oder entlassen werden können, hat die sächs. neuere Gesetzgebung lediglich in Betreff der Arbeiter

§. XI. des Regulatives zum Berggesetze vom 22. Mai 1851 (Ges. u. V.Bl., S. 261.)

eine gesetzliche und zwar einmonatige Kündigungsfrist eingeführt, eine Kündigungsfrist aber, nach deren Ablauf in Ermangelung specieller contractlicher Verabredungen Schichtmeister und Steiger den Dienst aufgeben oder aus demselben entlassen werden können, nicht vorgeschrieben, vielmehr die Entscheidung hierüber in jedem einzelnen concreten Falle stillschweigend von dem richterlichen Ermessen abhängig gemacht. Wenn nun die beiden vorigen Instanzen angenommen haben, daß Kläger eine längere als dreimonatige Aufkündigungsfrist nicht beanspruchen dürfe, so hat man unter Berücksichtigung der hier vorliegenden Verhältnisse die gedachte Frist für zu kurz, vielmehr eine einjährige für angemessen erachtet.

Digitized by Google

V. Zu dem Strafgesetzbuche.

35.

Ueber den Erfolg bei culposen Verbrechen. — Art. 38. 48. StGB.*)

Erkenntn. v. 9. Febr. 1863 no. 1316/1414 v. 1862.

Abgesehen davon, daß der Begriff des Erfolges, wie er in Art. 38 des StGB.'s festgestellt worden ist, dadurch nicht ausgeschlossen wird, daß zu Hervorbringung der durch eine Handlung verursachten Wirkung unvorhergesehene Umstände mitgewirkt haben, so liegt auch auf der Hand, daß für die Entscheidung der Schuldfrage bei unvorsätzlich herbeigeführten Rechtsverletzungen es gleichgiltig ist, ob blos einer Handlung oder Unterlassung, oder einer Mehrheit gleichzeitig oder successive zusammenwirkender Handlungen der eingetretene rechtswidrige Erfolg beizumessen ist, sobald alle diese Handlungen oder Unterlassungen unmittelbar oder mittelbar zu dem eingetretenen Erfolge in einem Causalzusammenhange stehen, und dieser Causalzusammenhang durch eine der Handlungen nicht dergestalt unterbrochen worden ist, daß gerade nur ihr, nicht aber auch den vorhergehenden oder nachfolgenden Handlungen der entstandene Erfolg ausschließlich zugeschrieben werden kann.

36.

Anstiftung setzt die Fähigkeit der Selbstbestimmung beim Angestifteten voraus. — Zu Art. 64 StGB.

Erkenntn. v. 2. Febr. 1863 no. 68/98.

Wenn sich die verehel. H. zu Ausführung der Betrügereien ihrer zu dem Ende von ihr zuvor instruirten Tochter, welche das im Art. 87 und 89 des StGB.'s festgesetzte Alter der Zurechnungsfähigkeit noch

*) Vergl. Annalen Bd. IV., S. 145.

Digitized by Google

nicht erreicht hatte, bedient hat, so wird in den Entscheidungsgründen mit Recht angenommen, daß nicht sowohl ein Fall der Anstiftung zum Verbrechen, als der der alleinigen Urheberschaft der Angeklagten vorliege. Die Anstiftung zu einem Verbrechen setzt eben voraus, daß auch der Angestiftete ein Verbrechen begehe. Wo solches, z. B. wegen kindlichen Alters, nicht der Fall ist, da tritt der Begriff der Anstiftung (im eigentlichen gesetzlichen Sinne) nicht ein, vielmehr ist das zur Ausführung des Verbrechens benutzte Kind lediglich ein Werkzeug in des Verbrechers Händen, und es ist letzterem Alles, was das von ihm gemißbrauchte Kind in Folge der Aufforderung gethan, als seine eigene Handlung anzurechnen. So stiehlt z. B. auch derjenige, dem ein in der Stube seiner Eltern befindliches Kind einen Gegenstand, auf hierzu erhaltene Aufforderung, durch das Fenster zureicht; es steht dies dem Falle gleich, wenn der Dieb selbst durch das Fenster hereingegriffen und sich der fraglichen Sache bemächtigt hätte; von Anstiftung des Kindes zu einem Diebstahle ist aber nicht die Rede.

37.

Auch bei dem Verbrechen im 181. Artikel des StGB.'s wird ernstlicher Widerstand des angegriffenen Theiles vorausgesetzt.*)

Erkenntn. v. 2. März 1863 no. 126/216.

Auf die Bemerkung

Krug's im Commentar zu Art. 181, S. 99 Ausg. 1, S. 78 Ausg. 2. daß im Art. 181 das Requisit des ernstlichen Widerstandes nicht wiederholt, daher, wer Gewalt zu andern unzüchtigen Zwecken anwende, der Strafe dieses Artikels unbedingt verfallen sei, will man hierbei kein besonderes Gewicht legen. Denn die Ernstlichkeit des Widerstandes wird bei Feststellung des Begriffes der „Gewalt" immer Beachtung finden müssen.

*) Vergl. Annalen Bd. V., S. 127.

Digitized by Google

38.

Unter die Art. 216 des StGB.'s mit Strafe bedrohten Beschädigungen von Brücken, Kunststraßen ꝛc. fallen nicht solche Handlungen, welche ohne die Substanz der Brücke ꝛc. zu verletzen, nur auf momentane Hemmung oder Erschwerung des Verkehrs berechnet sind, wofern nicht durch sie Leben oder Gesundheit der Verkehrenden in Gefahr gesetzt wird.

Erkenntn. v. 25. Febr. 1863 no. 152/202.

Der Strafandrohung im Art. 216 des StGB.'s liegt — abgesehen von dem hier nicht in Frage kommenden Falle der Verursachung von Ueberschwemmungen — die Voraussetzung zu Grunde, daß durch eine absichtliche Beschädigung der darin erwähnten Gegenstände, unter denen auch Kunststraßen und andere zum öffentlichen Gebrauche dienende Bauwerke mit aufgeführt sind, das Leben oder die Gesundheit anderer Personen in Gefahr gesetzt worden ist, und es hat der Ansicht des Bezirksgerichts, daß in dem bloßen Hinwerfen von Steinen oder anderen Dingen auf eine Straße noch keine Beschädigung der Straße selbst in der strengen Bedeutung dieses Wortes erblickt werden könne, beigetreten werden müssen, wie dies auch in Bezug auf Eisenbahnen durch die Bestimmung des Art. 6 des die Beschädigung von Eisenbahnen u. s. w. betreffenden Gesetzes vom 11. August 1855 sub 1a.; nach welcher das Hinstellen, Hinwerfen oder Hinlegen von Gegenständen, die der Fahrt hinderlich sein können, auf das Fahrgleis oder in Gefahr bringende Nähe desselben den in dem vorhergegangenen Artikel mit Strafe bedrohten Beschädigungen nur gleichgeachtet werden sollen, ausdrücklich anerkannt worden ist. Es hat aber auch die von dem Staatsanwalte geltend gemachte Meinung, daß die eben angezogene gesetzliche Bestimmung auch auf die Beschädigung von Wegen analog in Anwendung gebracht werden müsse, wenigstens insoweit, als dieselbe dahin zu gehen scheint, daß derjenige, welcher eine Handlung der gedachten Art auf einem Fahrwege vornimmt, sich dadurch allein schon des in Art. 216 des StGB.'s erwähnten, im Mindestbetrage mit einer weit härteren Strafe, als die

Digitized by Google

gleichwohl in der Regel mit viel größerer Gefahr verbundenen Beschädigungen an Eisenbahnen bedrohten schweren Verbrechens schuldig mache, nicht gebilligt, sondern nur so viel zugegeben werden können, daß der Begriff der Beschädigung bei dem im Art. 216 erwähnten Verbrechen, da die hohen Strafandrohungen für dasselbe nicht sowohl durch die Beschädigung der betreffenden Gegenstände, als vielmehr durch die dabei entstehende Gefahr für Andere bedingt sind, insofern in einem etwas weiteren Sinne aufzufassen ist, als allerdings auch solche Handlungen, durch welche zwar kein eigentlicher Schaden an der Straße selbst angerichtet, die Benutzung derselben zum Fahren und zum Gehen aber auf eine das Leben und die Gesundheit Anderer wirklich gefährdende Weise behindert wird, unter die Strafbestimmungen des Art. 216 jct. 215 zu subsumiren sein werden. Ein solcher Fall liegt jedoch hier nicht vor, denn der Angeschuldigte hat weiter etwas nicht gethan, als daß er eines Abends bei seiner in Begleitung mehrerer anderer Personen erfolgten Rückkehr aus einem benachbarten Dorfe in seinen Wohnort aus Uebermuth zwei große Steine, die in einer Entfernung von etwa 200 Schritten an der Seite des Bl. erwähnten Communicationsweges gelegen, und einen zum Gebrauche beim Steineschlagen bestimmten Schirm in die Mitte des Weges geworfen. Mag man nun auch die Möglichkeit, daß Jemand in Folge dessen einen Schaden an seiner Gesundheit habe erleiden oder wohl gar um das Leben habe kommen können, nicht geradezu als völlig ausgeschlossen betrachten, so lag dieselbe doch ziemlich fern, und wenn ein derartiger, mit auch nur einiger Wahrscheinlichkeit gar nicht vorauszusehender unglücklicher Erfolg in der That eingetreten wäre, so würde er doch dem Angeklagten nur als ein durch Unbedachtsamkeit verschuldeter haben angerechnet werden können.

Unter diesen Umständen läßt sich nicht behaupten, daß U. den fraglichen Weg dergestalt beschädigt habe, daß dadurch das Leben und die Gesundheit anderer Personen in der That in Gefahr gesetzt worden sei, und daß er sich dessen, wie zu Anwendung des Art. 216 jct. 215 des StGB.'s ebenfalls erforderlich ist, auch habe bewußt sein müssen, und ebenso wenig läßt sich demselben dem Obigen nach — vergl. Art. 47 Abs. 2 des StGB.'s — eine auf die Verübung einer Körperverletzung, einer Beschädigung fremden Eigenthums oder eines sonstigen

Digitized by Google

bestimmten Verbrechens gerichteter strafbarer Versuch beimessen, zumal er nicht einmal wußte, daß den anscheinend nur wenig befahrenen Weg an jenem Abende noch ein Fuhrwerk passiren würde.

Das ganze Gebahren U.'s stellt sich demnach lediglich als ein polizeiliches Ungebührniß dar; denn da, wie bereits bemerkt worden, eine eigentliche Beschädigung des Weges selbst dem Eigenthümer desselben gegenüber gar nicht stattgefunden hat, dieser letztere vielmehr durch das, was der Angeklagte gethan, nicht den geringsten Schaden erlitten hat, und die Absicht des Angeklagten auch, mag sich nun der gedachte Weg im Eigenthume einer Privatperson, einer Gemeinde oder des Staates befunden haben, offenbar gar nicht darauf gerichtet gewesen, Jemanden aus Bosheit oder Muthwillen an seinem Eigenthume zu beschädigen, und ihm einen, wenn auch noch so geringen, Vermögensnachtheil zuzufügen, so konnte der Strafantrag des Staatsanwalts auch insoweit, als er eventuell auf die Strafbestimmungen des Art. 336 jct. Art. 335 des StGB.'s gestützt worden, nicht für zulässig erachtet werden.

39.

Meineid und leichtsinniger Falscheid setzen den nehmlichen objectiven Thatbestand voraus. — Art. 221. 227. StGB.

Erkenntn. v. 5. Novbr. 1862 no. 1064/1139.

Dem objectiven Thatbestande nach besteht zwischen dem Meineide und dem leichtsinnigen Falscheide kein Unterschied. Bei dem einen, wie bei dem anderen Verbrechen wird vorausgesetzt, daß die durch einen Eidschwur bestärkte Verbindlichkeit, über eine gewisse Thatsache die Wahrheit auszusagen, verletzt worden sei, daß der wirklich abgeleistete Eid eine an sich falsche Aussage umfasse. Das unterscheidende Merkmal beider Verbrechen liegt allein in dem subjectiven Thatbestande, in der Verschiedenheit des intellectuellen Grundes der Uebertretung, in dem Gesinnungszustande des Thäters, je nachdem dieser auf eine dem Begriffe des Dolus oder der Culpa anheimfallende Verstandes- und Willensthätigkeit hinweist. Für die Frage aber, ob in dieser oder jener Richtung eine Rechtsverletzung in concreto vorliege, ist

Digitized by Google

und bleibt der objective Thatbestand präjudiziell. Es muß, bevor sie beantwortet werden kann, die Wahrheitswidrigkeit des eidlich Versicherten in Gewißheit beruhen; denn es kann weder von einem Dolus, wie der Meineid, noch von einer Culpa, wie der leichtsinnige Falscheid voraussetzt, die Rede sein, wenn aus der Untersuchung sich ergiebt, daß das, was der Beschuldigte beschworen hat, seinem ganzen factischen Inhalte nach, wie solcher hinsichtlich der Zeit und der Umstände gegenüber der Eidesnotul, welche der eidlichen Bestärkung zu Grunde gelegen hat, aufzufassen ist, wirklich der Wahrheit allenthalben entsprochen habe. Sobald aus diesem Grunde, also wegen vorhandener vollständiger Uebereinstimmung des Beschworenen mit dem factisch Ermittelten, ein des Meineides Beschuldigter unbedingt freizusprechen gewesen ist, fällt die Möglichkeit einer ganz auf die nämliche Unterlage basirten Verurtheilung desselben wegen leichtsinnigen Falscheides von selbst dahin.

40.

Der Strafantrag eines mittelbar Beleidigten auf Grund Art. 246 StGB. ist unstatthaft, wenn dem unmittelbar Beleidigten die Bestimmung im Art. 243 entgegensteht.

Erkenntn. v. 20. März 1863 no. 304/280.

Obschon der Art. 246 des StGB.'s insofern eine Ausnahme von der allgemeinen Bestimmung Art. 98 des StGB.'s statuirt, als bei Ehrenkränkungen nicht blos die unmittelbar Verletzten, sondern statt derselben ebenfalls diejenigen, welche durch die jenen zugefügte Ehrenkränkung zugleich mittelbar beleidigt worden sind, zu Stellung eines Strafantrages berechtigt sein sollen, so kann doch davon nicht die Rede sein, wenn dem Strafantrage des unmittelbar Beleidigten wegen der Genugthuung, welche er sofort sich selbst verschafft hat, die Bestimmung Art. 243 des StGB.'s entgegenstehen würde, weil, wie das Gesetz gefaßt ist, nicht angenommen werden kann, daß es sich in diesem Falle blos um eine ausschließlich dem unmittelbar Beleidigten entgegenstehende Ausflucht handele, sondern überhaupt durch die dem Beleidiger im Allgemeinen zugesicherte Strafloſigkeit das die rechtliche

Digitized by Google

Möglichkeit einer Strafe begründende Gesetz — der Art. 239 des StGB.'s — ein für allemal wegen der eingetretenen Compensation außer Wirksamkeit gesetzt worden ist, im Augenblicke, wo der Strafantrag gestellt wird, eine Beleidigung, die geltend gemacht werden könnte, also gar nicht mehr vorliegt.

41.

Das sogenannte **Metzgarn** ist Gegenstand der Unterschlagung. — Art. 287 StGB.*)

Erkenntn. v. 16. März 1863 no. 250/266.

So viel das Materielle der Sache anlangt, so steht fest, ist auch vom OAG. bereits wiederholt ausgesprochen worden, daß der den Lohnwebern zur Verarbeitung übergebene Stoff, Garn, Wolle ꝛc. an und für sich weder vor noch nach der Verarbeitung in ihr Eigenthum übergeht. Dieser Stoff wird ihnen zu einem bestimmten Zwecke anvertraut, und sie haben denselben dem erhaltenen Auftrage gemäß zu verwenden und das daraus Gefertigte ebensowie das etwa nicht verwendete Material ihrem Auftraggeber zurückzugeben.

Nun kann es zwar vorkommen, daß entweder vermöge Vertrages zwischen dem Weber und dem Arbeitsgeber etwas Anderes im Voraus bestimmt wird, oder daß der Letztere dem Weber bei Ablieferung der gefertigten Waare den verbliebenen Ueberschuß an Material nachträglich eigenthümlich überläßt, allein das ist eine Ausnahme von dem eigentlich stattfindenden Rechtsverhältnisse und bedarf in jedem einzelnen Falle des Beweises, weshalb auch der Käufer solchen von einem Lohnweber verkauften Garnes, wenn er sich nicht der Gefahr aussetzen will, als Partirer angesehen und bestraft zu werden, sich dessen vergewissern muß, daß das Garn auf redliche Weise in das Eigenthum des Webers übergegangen sei.

Unter allen Umständen existirt mindestens kein rechtlicher Begriff von Metzgarn, dessen Ansichnahme Seiten eines Lohnwebers für erlaubt anzusehen wäre, und es mußte daher die auf die Annahme eines solchen Begriffes erkannte Freisprechung, insoweit als in ihr eine Straf-

*) Vergl. Annalen Bd. III., S. 58.

Digitized by Google

freisprechung enthalten war, als ungerechtfertigt erachtet und das gesprochene Erkenntniß insoweit als nichtig aufgehoben werden.

42.

Unter den Art. 289 sub 1 StGB. erwähnten „Gegenständen, welche vermöge der Geschäfte, zu welchen sie verpflichtet sind, in ihre Hände kommen", gehören auch die zu Dienstverrichtungen anvertauten Kleidungsstücke.

Erkenntn. v. 25. Febr. 1863 no. 229/199.*)

Die von dem Angeklagten unterschlagene Sache charakterisirt sich insofern, als dieselbe ihm zur Ausübung seines Dienstes als ein ausschließlich nur bei Verrichtung desselben zu gebrauchendes Ausrüstungsstück überantwortet worden ist, keineswegs als ein Object, welches blos bei Gelegenheit des Geschäftes, zu welchem er verpflichtet worden, in seine Hände gekommen ist, sondern als ein solches, welches, da V. einzig und allein vermöge der ihm übertragenen Function den Besitz erlangt hat, mit dem Geschäfte, wegen dessen seine Verpflichtung erfolgte, allerdings in einem solchen unmittelbaren ursachlichen Zusammenhange steht, wie die Strafbestimmung unter 1. Art. 289 des StGB.'s voraussetzt.

43.

Beim Verbrechen des Falschmünzens ist es für die Annahme der Vollendung gleichgiltig, ob viel oder wenig Falsifikate zur Ausgabe gelangt sind, und hinsichtlich des noch nicht verausgabten Theiles ist nicht Concurrenz des versuchten mit dem vollendeten Verbrechen anzunehmen, das Verbrechen ist vielmehr nur als ein Ganzes aufzufassen. — Zu Art. 320 StGB.**)

Erkenntn. v. 23. Febr. 1863 no. 1222/1334 v. 1862.

Obwohl nicht die sämmtlichen von G. gefertigten Banknoten zur

*) Der Angeklagte hatte den ihm von der Eisenbahnverwaltung anvertrauten Reisepelz versetzt.

**) Vergl. Annalen Bd. IV, S. 149.

Digitized by Google

Ausgabe gelangt sind, so erscheint doch nach der auch vom OAG. gebilligten Ansicht in

Krug's Commentar zum StGB. 2. Ausg. II. Abth., S. 259 Not. 5.

das Verbrechen des Falschmünzens auch in Beziehung auf die noch nicht ausgegebenen Banknoten im Ganzen als vollendet. Denn wenn schon nach Art. 320 des StGB.'s auch die Ausgabe des nachgemachten Geldes zum Thatbestande des Verbrechens des Falschmünzens gehört, und es nach Art. 323 Abs. 2 nur als beendigter Versuch dieses Verbrechens anzusehen ist, wenn das Geld mit der Absicht der Ausgabe nachgemacht oder verfälscht worden ist, so ist doch aus der Vorschrift in Art. 321, wonach bei Abmessung der Strafe des Falschmünzens auch darauf, ob bereits viel oder wenig von dem nachgemachten Gelde ausgegeben worden, mit Rücksicht zu nehmen ist, auf die Absicht des Gesetzgebers zu schließen, daß, wenn einmal von dem nachgemachten Gelde auch nur einiges ausgegeben worden, die Strafe nach der ganzen Summe des nachgemachten Geldes, wiewohl innerhalb des in Art. 320 vorgeschriebenen Strafmaßes abzumessen sei.

VI. Zu der Strafprozeßordnung.

16.

Das im ersten Absatze des Art. 61 der StPO. dem OAG. verliehene Auftragsrecht kommt nur dann zur Anwendung, wenn dem zu beauftragenden Bez.-Ger. zugleich die Entschließung über Einleitung der Untersuchung überlassen werden kann.

Verordn. v. 2. März 1863 no. 241/210.*)

Es ist die Resolution auf Rückverweisung der Sache zur Voruntersuchung unter den vorliegenden Verhältnissen als Beschluß auf

*) Auf Grund gerichtspolizeilicher Vorerörterungen beschloß das für die betreffende Untersuchung zuständige Bez.-Ger. auf diesfallsigen Antrag

Digitized by Google

Einleitung der Voruntersuchung aufzufassen. Liegt nun aber sonach bereits der von dem competenten Bez.-Ger. auf Antrag des bei demselben angestellten Staatsanwaltes gefaßte Beschluß auf Eröffnung der Voruntersuchung vor, so kann die Sache nicht mehr auftragsweise an ein anderes Bez.-Ger. gewiesen werden. Denn die Füglichkeit nach Art. 61 Abs. 1 der StPO. die Einleitung und Führung der Untersuchung wegen eines zur bezirksgerichtlichen Zuständigkeit gehörigen Verbrechens aus Zweckmäßigkeitsgründen einem andern als dem eigentlich competenten Bez.-Ger. zu übertragen, ist nur dann vorhanden, wenn zugleich diesem Bez.-Ger. und dem bei demselben angestellten Staatsanwalte die Entschließung darüber, ob genügender Grund beziehentlich zu Beantragung der Untersuchungseinleitung und zu Verfügung der letzteren vorliege, überlassen werden kann. Das ist aber nicht mehr ausführbar, wenn bereits derjenige Staatsanwalt und dasjenige Bez.-Ger., welche in der Sache eigentlich competent sind, die Einleitung der Voruntersuchung beziehentlich beantragt und beschlossen haben.

17.

Beweisaufnahme nach Schluß der Hauptverhandlung. Art. 301 StPO.

Erkenntn. v. 25. Febr. 1863 no. 169/205.

Die erhobene Nichtigkeitsbeschwerde ist darauf gestützt, daß das Bez.-Ger. die Vereidung der als Zeugin abgehörten Verletzten St.

---

des Staatsanwalts unmittelbare Vorladung. In der Hauptverhandlung ergab sich jedoch, daß zu Aufklärung des Thatbestandes noch umfängliche, nicht sofort ausführbare Erörterungen nöthig sein würden. Das Bez.-Ger. beschloß daher, einem diesfalls von dem Staatsanwalte im Laufe der Hauptverhandlung gestellten Antrage entsprechend, Rückverweisung der Sache in die Voruntersuchung, und da ihm wegen der weiten Entfernung der noch abzuhörenden Zeugen Auftragsertheilung an ein anderes Bez.-Ger. zur Fortstellung der Sache zweckmäßig erschien, so erstattete es in dieser Richtung Bericht an das OAG. Dieses konnte, da es nach Lage der Sache die letzterwähnte Resolution des Bez.-Ger. als Beschluß auf Einleitung der Voruntersuchung ansehen mußte, und da demnächst keiner von den zwei im Art. 61 Abs. 2 der StPO. gedachten Fälle in Frage kam, nur darüber cognosciren, ob auf Grund der Bestimmung im ersten Absatze des angezogenen Artikels eine Commission zu ertheilen sei.

Digitized by Google

allererst nach Schluß der Beweisaufnahme und nach Beginn der Schlußvorträge beschlossen und zur Ausführung gebracht hat.

Wenn jedoch Art. 301 der StPO. so lautet:

„das Gericht kann ausnahmsweise nach dem Schlusse der Verhandlung und vor der Urtheilsfällung die Verhandlung wegen einzelner Theile des Beweises wieder aufnehmen.

In diesem Falle ist übrigens den Vorschriften des Art. 296 anderweit nachzugehen,"

daneben aber die Entscheidung darüber, wann eine derartige Ausnahme einzutreten habe, der Natur der Sache nach nur dem betreffenden Gerichte zusteht, ferner es keinem Zweifel unterliegen kann, daß die Vereidung eines Zeugen als Theil einer Beweisaufnahme, als deren Vervollständigung, anzusehen ist, endlich auch das Gericht, wie das Protocoll deutlich nachweist, der ferneren Anordnung des ausgehobenen, sowie des darin am Schlusse allegirten Artikels der StPO. vollständig nachgekommen ist, indem der Vorsitzende nach der nachträglichen Vereidung der St. zu nochmaliger Abhaltung der Schlußvorträge mit dem Hinweis auf diese eben erfolgte Vereidung aufgefordert hat, diese Vorträge auch unbehindert abgehalten worden sind, so liegt am Tage, daß hierbei allenthalben gesetzlich verfahren worden, und die Aussage der St. formell als legal erhobenes Beweismittel anzusehen ist, von der Verletzung einer wesentlichen Vorschrift des Strafverfahrens daher hier nicht die Rede sein kann.

Digitized by Google

Präjudizien.

I. Handels- und Wechselrecht.

15.

Dem in guten Glauben befindlichen Wechselinhaber kann an sich vom beklagten Aussteller nicht der Einwand entgegengesetzt werden, daß seine zu einem anderen Zwecke auf ein leeres Blatt gebrachte Namenszeichnung von einem Vormanne Jenes gemißbraucht worden sei. — Art. 82 der A. D. W. O.*)

A.

II. Sen.-Erk. v. 26. Juni 1862 no. 438/397.

Der Beklagte hat zwar in dem Verhörstermine anerkannt, daß die Zeichnung seines Namens auf der Vorderseite des den Acten im

*) Kläger Indossatar eines vom Beklagten Ordre des Fr. K. gestellten trockenen Wechsels, auf dessen Rückseite jedoch folgender von der betr. Untersuchungsbehörde ausgestellter Vermerk:

Umstehender Wechsel ist, wie sich in Folge eingeleiteter Criminaluntersuchung ergeben, von dem darin genannten Fr. K., welcher deshalb mit sechsmonatlicher Arbeitshausstrafe belegt wurde, gefälscht worden, indem derselbe ein von dem unterzeichneten (Beklagten) ausgestelltes Blanquet benutzt und den Wechsel ohne dessen Vorwissen darüber geschrieben hat, was zu Vermeidung ferneren Mißbrauchs hiermit anher bemerkt wird.

Digitized by Google

Original vorgehefteten Wechsels von ihm eigenhändig bewirkt worden sei, zugleich aber eingewendet, daß diese von ihm unter ein Vollmachtsblanquet gesetzte Namenszeichnung von K., an dessen Ordre nach Inhalt des Wechsels die Summe von 286 Thlrn. 15 Ngr. gezahlt werden sollte, ohne sein Wissen und Wollen gemißbraucht worden sei, um eine Wechselerklärung darüber zu schreiben. Der Bevollmächtigte des Klägers, auf welchen Letzteren der gedachte Wechsel in Folge der auf dessen Rückseite ersichtlichen Indossamente übergegangen ist, hat hierauf erklärt, daß er nach dem auf der Rückseite des Wechsels hinter dem letzten Giro befindlichen gerichtlichen Atteste zwar nicht bezweifle, vielmehr zugebe, daß, wie Beklagter behaupte, dessen Namenszeichnung von genanntem K. wider Wissen und Willen des Beklagten gemißbraucht worden sei, um die vorliegende Wechselerklärung darüber zu schreiben, daß dieses aber dem Kläger bei Erwerbung des Wechsels unbekannt gewesen sei und Beklagter, da die Fälschung des Wechsels sich nicht aus Letzterem selbst ergebe, auch für dessen Betrag aufkommen müsse.

Während nun die beiden vorigen Instanzen die von dem Beklagten vorgeschützte liquide Einrede für durchschlagend erachtet und demgemäß Klägers Suchen in der angebrachten Maße abgewiesen haben, ist das OAG. bei Berathung der Sache zu der entgegengesetzten Ansicht gelangt.

Die Allgemeine Deutsche Wechselordnung gestattet nach Art. 82 dem Wechselschuldner nur sich solcher Einreden zu bedienen, welche aus dem Wechselrecht selbst hervorgehen oder ihm unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen. Daß hier eine Einrede der letzteren Art nicht vorliege, ist mit Rücksicht darauf, daß Beklagter eine

---

zu befinden, erhob gegen Beklagten Wechselklage, mit der durch nichts widerlegten Behauptung, daß er den Wechsel in gutem Glauben erworben und der constatirten Erläuterung, daß der Wechsel ihm von dem Untersuchungsrichter abgefordert und mit jener Bemerkung versehen zurückgegeben worden sei. Ima und IIda wiesen mit Rücksicht auf die bemerkte, übrigens auch vom Kläger gar nicht direct bestrittene Entstehungsart des Wechsels die Klage in der angebrachten Maße ab. Allein der Civilsenat des OAG.'s reformirte auf Condemnatoria (Rationen im Texte sub A.) und dessen Leuterungssenat confirmirte (Rationen sub B.)

Digitized by Google

Betheiligung des Klägers bei Ausführung der fraglichen Fälschung, beziehentlich die Wissenschaft desselben um Letztere zur Zeit der Erwerbung des Wechsels in erster Instanz nicht behauptet, weniger noch in Liquidität gesetzt hat, schon in den Entscheidungsgründen, welche dem vorigen Urthel beigegeben sind, mit Recht angenommen worden, und es konnte sich daher nur darum handeln, ob die vorgeschützte Ausflucht von dem Gesichtspunkte einer aus dem Wechselrecht selbst hervorgehenden Einrede zu beachten sei.

Nun giebt zunächst die Wechselordnung selbst darüber keine specielleren Bestimmungen, was für Einreden unter diese Kategorie zu subsumiren seien, und namentlich geht aus den in ihr sonst enthaltenen Vorschriften nicht ohne Weiteres hervor, daß derjenige, welcher einen Wechsel, der seiner äußeren Form nach zu dem Verdacht, daß sein Inhalt gefälscht sein könne, keinen Anhalt gewährt, in gutem Glauben erworben hat, gegen den, dessen ächte Namensunterschrift auf dem betreffenden Wechsel sich vorfindet, dann kein Klagerecht haben solle, wenn, wie hier geschehen, dargethan wird, daß die Namenszeichnung zu einem anderen Zwecke in blanco gegeben worden und von einem Dritten in der obgedachten Maße gemißbraucht worden sei. Vielmehr beziehen sich die in Art. 75 und 76 unter der Rubrik: „falsche Wechsel" ertheilten Bestimmungen nur auf die Fälle, in denen die Unterschrift des Ausstellers, beziehentlich das Accept oder ein Indossament falsch oder gefälscht ist, sie betreffen mithin nicht die Fälle, wo die Unterschrift selbst ächt und nur der Context des Wechsels ganz oder theilweis falsch ist, und wenn auch die Erwähnung dieser letzteren Art von Fälschungen, wie sich aus den Motiven*) ergiebt, um deswillen unterblieben ist, weil die Beurtheilung des Einflusses derselben unter civilrechtliche, nicht füglich in erschöpfender Weise auseinanderzusetzende Gesichtspunkte falle und deshalb der Judicatur zu überlassen sei, so folgt doch hieraus nicht ohne Weiteres, daß die Berufung auf eine derartige Fälschung Seiten des Beklagten als eine aus dem Wechselrecht selbst hervorgehende Ausflucht betrachtet werden müßte. Wenn aber einerseits eine klare gesetzliche Bestimmung, auf welche hin dem im guten Glauben sich befindenden Erwerber eines mit ächter

*) Conferenzprotocolle ꝛc. (Leipz. Ausg.), S. LXXI.

Digitized by Google

Unterschrift versehenen eigenen Wechsels Seiten des Ausstellers dieser Unterschrift der Einwand, daß letztere von einem Dritten zur Ausstellung eines Wechsels gemißbraucht worden sei, mit Erfolg entgegengesetzt werden könnte, nicht vorhanden ist, so läßt sich andererseits die Beachtung einer derartigen Ausflucht mit dem ganzen Geiste des Gesetzes nicht wohl in Einklang bringen. Die Tendenz der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung geht offenbar dahin, für den allgemeinen Wechselverkehr die größtmöglichste Sicherheit zu schaffen, und dem im redlichen Glauben sich befindenden Inhaber eines Wechsels sein Recht, aus letzteren seine Befriedigung zu erlangen, möglichst zu wahren. Dieser Absicht des Gesetzes würde es aber widersprechen, wenn man den dritten redlichen Erwerber eines Wechsels, welcher auch bei Anwendung größter Vorsicht nicht auf die Vermuthung kommen konnte, daß der Inhalt der Wechselverschreibung einer Fälschung unterlegen habe, der Möglichkeit Preis geben wollte, daß ihm bei Geltendmachung seines Anspruchs von dem Aussteller der Einwand entgegengesetzt würde, daß zwar dessen Unterschrift eine ächte, der Contert des Wechsels aber ein falscher sei. Nur das kann man von dem Erwerber einer Wechselverschreibung mit Recht verlangen, daß er die Aechtheit der Unterschrift des Ausstellers prüfe, und hierzu wird ihm auch, namentlich im kaufmännischen Wechselverkehr, in den meisten Fällen die Füglichkeit geboten sein, da Kaufleute unter einander die Art und Weise, wie die Zeichnungen des Namens oder der Firma zu erfolgen pflegen, in der Regel kennen oder doch mit Leichtigkeit im Stande sein werden, sich über die Aechtheit der Unterschrift die erforderliche Gewißheit zu verschaffen. Erwirbt aber Jemand einen Wechsel, ohne sich von der Aechtheit der Unterschrift zu vergewissern, so muß er sich von vornherein sagen, daß er sich der Möglichkeit aussetze, die letztere seiner Zeit diffitirt zu sehen, und erleidet er dann einen Schaden, so hat er diesen lediglich seiner eigenen Sorglosigkeit zuzuschreiben. Ob dagegen der Contert einer Wechselverschreibung gefälscht sei oder nicht, darüber kann er, wenn der Wechsel nicht augenscheinliche äußere Spuren der Fälschung an sich trägt, in den allerwenigsten Fällen eine Kenntniß erlangen, zumal da es sehr oft vorkommen wird, daß die Niederschrift des Wechsels selbst von anderer Hand erfolgt, als von der des Unterzeichners. Wollte man dem dritten Erwerber in dieser Beziehung eine

Digitized by Google

Verpflichtung auferlegen, so würde man ihm etwas zumuthen, was er fast niemals ohne die größten Weiterungen erfüllen könnte, und man würde damit den ganzen Wechselverkehr, namentlich in der Handelswelt, untergraben. Uebrigens tritt aber im vorliegenden Falle noch ein anderes Moment hinzu, welches gegen den Beklagten ins Gewicht fällt, nämlich der Umstand, daß Letzterer selbst zugesteht, er habe ein Blanquet von sich gestellt. Denn derjenige, welcher seinen Namen auf ein leeres Blatt Papier bringt, zu dem Endzweck, daß seine Namenszeichnung als Unterschrift für ein darüber zu setzendes Document dienen solle, und der dann dieses mit seiner Namensunterschrift versehene Papier einem Dritten aushändigt, damit von diesem die betreffende Urkunde darüber gebracht werde, erkennt durch diesen Act im Allgemeinen im Voraus an, daß die über seine Namenszeichnung zu bringende Unterschrift gegen ihn Geltung haben solle. Mißbraucht nun der Dritte das Blanquet dazu, statt der anderen, von dem Aussteller gewollten Urkunde eine Wechselverschreibung über die Unterschrift zu setzen, und wird dann dieser Wechsel weiter begeben, so hat der Aussteller zwar jedenfalls seinen Regreß gegen den, welcher das Blanquet in der angegebenen Weise mißbrauchte, er muß aber dem dritten redlichen Erwerber gegenüber seine Handlungsweise um so mehr vertreten, als er eben durch letztere den das Blanquet Mißbrauchenden in den Stand setzte, diesen Mißbrauch überhaupt zu treiben, und er auf diese Weise die Veranlassung wurde, daß der dritte redliche Erwerber getäuscht werden konnte. Er hat deshalb auch den Nachtheil zu tragen, der ihm aus seinem eigenen Gebahren erwächst, zumal er bei größerer Vorsicht leicht im Stande gewesen wäre, dem möglichen Mißbrauche seiner Namensunterschrift vorzubringen.

Aus diesen Gründen hat man den Beklagten in der Hauptsache dem Klaggesuch gemäß zu verurtheilen und hiernach das vorige Erkenntniß abzuändern, wobei zugleich noch zu bemerken, daß das OAG. auch in früherer Zeit vor der Herrschaft der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung in einem ähnlichen Falle dem Aussteller eines eigenen Wechsels den Gebrauch der Einrede, daß seine Unterschrift von einem Dritten argliſtig erschlichen worden sei, dem im guten Glauben befindlichen Indossatar gegenüber abgesprochen hat.

vergl. Zeitschr. für Rechtspfl. u. Verwaltung, N. F. Bd. 2, S. 280.

Digitized by Google

B.

III. Sen.-Erk. v. 22. Novbr. 1862 no. 66/62.

„Auf der Rückseite des der Wechselklage zu Grunde gelegten Proprewechsels d. d. 1. Mai 1861 findet sich eine Bemerkung des Criminalgerichts, daß der im Wechsel benannte Remittent F. O. K. wegen Fälschung mit sechsmonatiger Arbeitshausstrafe belegt worden sei, weil er ein von dem Beklagten, dem auf dem Wechsel benannten Aussteller, ausgestelltes Blanquet benutzt habe, um ohne des Beklagten Vorwissen einen Wechsel darüber zu schreiben. Im Verhörstermine hat Beklagter zugestanden, daß seine auf der Vorderseite des Originalwechsels ersichtliche Namenszeichnung zwar von ihm eigenhändig bewirkt worden sei, daß jedoch K. diese von ihm, dem Beklagten, unter ein Vollmachtsblanquet gebrachte Namensunterschrift gemißbraucht habe, um eine Wechselerklärung darüber zu setzen. Da der Wechsel mittelst Blancogiro des Remittenten K. auf Gustav G. und von diesem auf den jetzigen Kläger übergegangen ist, so hängt die Entscheidung der vorliegenden Klagsache von Beantwortung der Rechtsfrage ab: ob die nurgedachte Ausflucht des Beklagten, gegen welchen die Richtigkeit seiner Unterschrift unter einer Wechselerklärung feststeht, im vorliegenden Wechselprozeß zu beachten sei? Während diese Frage von den beiden ersten Instanzen bejaht worden ist, hat die dritte Instanz dieselbe verneint und demgemäß Beklagten zu Bezahlung der geklagten 286 Thlr. 15 Ngr. sammt Zubehör verurtheilt. Das OAG. hat letztere Entscheidung aus folgenden Gründen bestätigt:

In dem der Leipziger Conferenz zur Berathung der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung vorgelegenen Preußischen Entwurfe war in §. 95 die Vorschrift enthalten:

> Ein Verklagter, gegen welchen die Richtigkeit seiner Unterschrift feststeht, wird im Wechselprozesse mit dem Einwande nicht gehört, daß die über der Unterschrift befindliche Erklärung ohne seine Genehmigung geschrieben worden,

eine Bestimmung, welche der früheren wechselrechtlichen Vorschrift des Preußischen Landrechtes Thl. II. tit. 8 §. 783: „Bei anerkannter Unterschrift kann sich der Aussteller mit dem Einwande, daß der Wechsel selbst ohne seine Genehmigung geschrieben worden sei, im

Digitized by Google

Wechselprozesse nicht schützen", entsprach. Bekanntlich ist §. 95 des Entwurfes nebst mehreren anderen den Wechselprozeß betreffenden Bestimmungen desselben in die Allgemeine Deutsche Wechselordnung nicht aufgenommen, vielmehr der Particulargesetzgebung überlassen worden, das deshalb Nöthige anzuordnen. Mehrere Staaten, und namentlich Hannover, Oldenburg und Lübeck, haben der obigen Bestimmung des §. 95 des Preußischen Entwurfes in den Einführungsverordnungen Gesetzeskraft verliehen,

Archiv für Wechselrecht Bd. 1, S. 69 unter 4 und 6 und 335.

wogegen Hessen, Darmstadt und Mecklenburg-Schwerin und Strelitz die Ausführung der Ausflucht, daß ein nicht zum Behufe der wechselmäßigen Verpflichtung ausgestelltes Blanquet gemißbraucht oder ein sonstiger Betrug oder Fälschung vorgenommen worden sei, im Wechselprozesse durch Urkundenbeweis nachgelassen haben.

Archiv für Wechselrecht Bd. 1, S. 99 unter 3 und S. 100 unter 7 §. 4 Nr. 3.

Nicht minder verschiedener Ansicht sind die Rechtslehrer, indem Mehrere behaupten, daß der Wechsel, welcher im Mißbrauch einer im Blanco gegebenen Unterschrift über letztere gesetzt wird, dem dritten redlichen Inhaber gegenüber, die wechselmäßige Kraft nicht verliere,

Renaud, Lehrbuch des Wechselrechts, §. 16 not. 3.

Koch, Wechselrecht, S. 95, 167, 173, 315.

und insbesondere die Einrede des Unterzeichners eines Blanquets, daß die Ausfüllung ohne Wissen und Willen geschehen sei, dem dritten Inhaber des Wechsels mit Erfolg nicht entgegengesetzt werden könne,

Gelpcke, Zeitschrift des Handelsrechts Heft 2, S. 173.

wogegen Andere annehmen, daß der Aussteller eines Wechsels nicht hafte, wenn ein blos mit der Namensunterschrift des Wechselschuldners versehenes Papier (Blanquet) durch eine Wechselschrift von einem Unberufenen ausgefüllt worden sei.

Hoffmann, im Archiv für Wechselrecht Bd. VI., S. 241 fg.

Nach der Ansicht der gegenwärtigen Instanz ist die vorliegende Frage für Sachsen, wo eine dieselbe betreffende specielle gesetzliche Bestimmung nicht besteht, auf Grund der allgemeinen civilrechtlichen Vorschriften unter Berücksichtigung des Wechselverkehrs zu beantworten. Diese Beantwortung kann aber nach Lage der concreten Verhältnisse

Digitized by Google

höchst verschieden ausfallen, indem ein Mißbrauch eines Blanquets unter ganz abweichenden Umständen denkbar ist. Denn unter den Begriff eines Mißbrauches fallen nicht nur diejenigen Fälle, wo Jemand ein mit seiner Namensunterschrift versehenes Blanquet absichtlich einem Dritten Behufs der Ausfüllung oder zu einem anderen Zwecke übergiebt und letzterer das in ihn gesetzte Vertrauen täuscht, indem er die Ausfüllung in anderer, als in der verabredeten Weise bewirkt, oder das Blanquet widerrechtlich zu einem anderen, als dem ihm aufgetragenen Zwecke benutzt, sondern auch die Fälle, in welchen der Betrüger sich durch Gewalt, Zwang oder auf andere widerrechtliche Weise ein Papier, auf welchem sich die Namenszeichnung eines Dritten befindet, ohne dessen Vorwissen oder Zustimmung aneignet, und hierauf erst über die Namensunterschrift eine dem Aussteller der letzteren völlig fremde schriftliche Willenserklärung aufsetzt. Weder aus dem gerichtlichen Zeugnisse der Criminalbehörde, noch aus dem exceptivischen Vorbringen Bl. ist zu ersehen, aus welchen Gründen und in welcher Beziehung dem Remittenten und Indossanten K. ein Mißbrauch des vom Beklagten ausgestellten Blanquets zur Last fällt, und ob in Folge dieses Mißbrauchs der Beklagte oder der Kläger, beziehentlich derjenige Indossant, welcher den verfälschten Wechsel mittelst Giro's vom Remittenten übertragen erhalten hat, als Verletzter anzusehen ist. Ebensowenig Aufschluß über die eigentliche Sachbewandtniß gewährt das Vorbringen Beklagtens Bl. —, daß eine von ihm unter ein Vollmachtsblanquet gebrachte Namensunterschrift von K. in der Weise, daß letzterer wider sein Wissen und Willen eine Wechselerklärung darüber gesetzt habe, gemißbraucht worden sei, indem dieses Vorbringen völlig zweifelhaft läßt, ob Beklagtens Absicht auf Bevollmächtigung des K. oder eines Dritten gegangen sei, worauf sich der gedachte Auftrag bezogen habe, ingleichen, ob Beklagter das Vollmachtsblanquet an K. selbst übergeben habe, oder in welcher sonstigen Weise letzterer in dessen Besitz gelangt sei. Schon aus diesen Gründen stellt sich das exceptivische Vorbringen dergestalt als unschlüssig dar, daß es im vorliegenden Wechselprozesse nicht beachtet werden kann, da dem Beklagten, welcher nicht einmal auf Herbeiziehung der Criminalacten angetragen hat, oblag, die vorgeschützte exceptio doli gehörig factisch zu substantiiren und mit Rücksicht auf die gegenwärtige Prozeß-

Digitized by Google

gattung sofort durch Urkunden nachzuweisen, damit nicht nur der Gegner Gelegenheit erhielt, seine Einwendungen vorzubringen, sondern auch der erkennende Richter in Stand gesetzt war, die factischen Verhältnisse, unter denen die Verfälschung des Wechsels stattgefunden hat, zu beurtheilen.

Wollte man aber selbst das verspätete und überdies unbescheinigte Vorbringen Bl. —, daß Beklagter das mißbräuchlich in der Form eines Wechsels ausgefüllte Blanquet in der Absicht ausgestellt habe, um seinem Anwalte ein Vollmachtsblanquet zukommen zu lassen, für wahr halten, und zufolge dieses unklaren Anführens annehmen, daß Beklagter das gedachte Blanquet dem falsarius selbst behufs der Ueberbringung an einen Sachwalter übergeben habe, so würde doch diese Ausflucht weder formell, noch materiell zu beachten sein, und sich daher weder zu Ausführung mittels der Widerklage im ordentlichen Prozesse eignen, noch weniger aber im Wechselprozesse berücksichtigt werden können.

Das OAG. hat bereits in einem früheren Rechtsfalle ausgesprochen, daß der Einwand des Wechselschuldners, daß die Unterschrift des Wechsels hinterlistiger Weise von ihm erschlichen worden sei, indem der falsarius nicht die ihm aufgetragene Schrift, sondern einen Wechsel aufgesetzt, und die Unterzeichnung derselben dadurch erlangt habe, daß er fälschlicher Weise statt des Wechsels eine Schrift des verabredeten Inhalts abgelesen habe, dem klagenden Jodoffatar, welchem hinsichtlich des verübten dolus Theilnahme und Mitwissenschaft nicht zur Last fällt, nicht entgegengestellt werden kann.

Kritz, Sammlung von Rechtsfällen Bd. 2, S. 283 fg.

Zeitschrift für Rechtspflege u. Verwaltung, N. F. Bd. 2, S. 280 fg.

Obwohl die Richtigkeit dieser Ansicht bestritten worden ist,

Kritz, a. a. O., S. 287 fg. verbunden mit S. 296 fg.

Kind, Quaest. for., tom. IV. Cap. 13, pag. 61 sq. ed. 2.

so hat man dennoch bei wiederholten Erwägungen sich nicht von der Erheblichkeit der dagegen vorgebrachten Einwendungen überzeugen können. Denn der Rechtssatz, daß die exceptio doli aus der Person des Cedenten, so weit sie die Existenz des vorgegebenen Geschäfts betrifft, als eine sogenannte dingliche Ausflucht anzusehen sei, welche mit Erfolg dem bei dem dolus nicht betheiligten Cessionar entgegen-

Digitized by Google

gestellt werden könne, leidet nach der Ansicht des OAG.'s dann eine Ausnahme, wenn der im Wechsel benannte Aussteller das mit seiner Unterschrift vollzogene Blanquet, welches später zu Herstellung eines Wechsels benutzt worden ist, selbst dem falsarius übergeben hat. In der Vollziehung und Aushändigung eines Blanquets ist nämlich im Zweifel die stillschweigende Ermächtigung zur Ausfüllung und das Einverständniß des Ausstellers zu finden, daß er den Inhalt der von dem Dritten über seine Namensunterschrift zu setzenden Schrift gegen sich gelten lassen wolle.

Carpzov, Definit., Pars I. const. 17 def. 42.

Stryk, de cautelis contractuum, Sect. I. Cap. VI. §. 12.

Hierbei setzt der Aussteller in die Redlichkeit des von ihm zur Ausfüllung des Blanquets beauftragten Dritten oder desjenigen, welchem er das nichtextendirte Blanquet zur Aufbewahrung, Ueberbringung an einen Sachwalter oder zu sonstigen Zwecken übergiebt, ein Vertrauen, welches leicht getäuscht werden kann. Es wird daher nicht nur als eine dringende Vorsichtsmaßregel empfohlen, daß der Aussteller in dem Blanquet selbst den Zweck, zu welchem er dasselbe bestimmt hat, und worauf die künftige Ausfüllung sich beziehen soll, mit kurzen deutlichen Worten angebe,

Berger, Oecon. jur., lib. IV. tit. IX. thes. 2 not. 2, pag. 716.

Pfotenhauer, doctrina processus, §. 230.

sondern auch von vielen Rechtslehrern angenommen, daß derjenige, welcher von obiger Vorsichtsmaßregel keinen Gebrauch macht, sondern ein mit seiner bloßen Namensunterschrift versehenes Blanquet, auf welchem später über die Unterschrift eine andere, als die vom Aussteller beabsichtigte Willenserklärung geschrieben worden ist, einem Dritten ausgehändigt hat, die exceptio doli gegen den dritten redlichen Inhaber der Urkunde nicht geltend machen dürfe, da er den Schaden, den er durch seine eigene Unvorsichtigkeit erlitten, sich selbst zuzuschreiben habe, und nicht fordern kann, daß der Nachtheil von dem Dritten, welcher bei dem Betruge nicht betheiligt ist, übertragen werde.

Berlich, Concl. XIV. no. 95.

Digitized by Google

Schroeter, diss. de charta blanca. (Jenae 1684.) §. 79, pag. 55.

Leyser, Medit. for., med. 278 mon. 4.

Pufendorf, observ. jur., tom. III. observ. 126 §. III.

Rivinus, Enunc. ad tit. VII. enunc. 71.

Es kann dahingestellt bleiben, ob der zuletzt gedachte Grund in der Allgemeinheit, in welcher er aufgestellt worden, richtig, und namentlich auf andere als Wechselforderungen, bei welchen derselbe schon nach der Ansicht mehrerer älteren Rechtslehrer

Willenberg, diss. de exceptione doli in cambiis cessante. 1702. thes. 67.

Joh. Christ. Franck, Instit. jur. camb., lib. II. Sect. VI. tit. 4 §. 9 ed. 2. (Jenae, 1737.), pag. 201.

stattfindet, anzuwenden sei, da die Richtigkeit desselben für das Wechselrecht, wie sich dasselbe nach der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung gestaltet hat, nach dem Dafürhalten des OAG.'s nicht verkannt werden kann. Denn bei Abfassung der Wechselordnung hat man die ältere Ansicht, nach welcher man die zwischen den einzelnen Wechselverpflichteten bestehenden Rechtsverhältnisse auf die römische Obligationstheorie und namentlich auf die Lehre vom sogenannten Wechselvertrag zurückzuführen suchte, verlassen und angenommen, daß der Inhaber des Wechsels sein Befugniß nicht aus dem Rechte desjenigen, von welchem er den Wechsel erhalten hat, ableitet, sondern durch den Besitz desselben und das darauf gebrachte Blancogiro unmittelbar berechtigt ist, weshalb dem Inhaber Einreden, welche sich auf das Rechtsverhältniß stützen, in welchem der Vormann des Inhabers zu dem Verpflichteten gestanden hat (exceptiones ex persona indossantis) nicht entgegengestellt werden können.

Brauer, die Allgemeine Deutsche Wechelordnung. Einleitung §. 2 u. 7.

Hieraus folgt, daß der Einwand eines Wechselschuldners, daß der Indossant des Klägers ein ihm von Beklagtem übergebenes Blanquet nicht zu dem ihm aufgetragenen Zwecke benutzt, sondern zu Fertigung eines Wechsels gemißbraucht habe, nicht beachtet werden kann, indem die Zulassung einer solchen aus der Person des Indossanten abgeleiteten exceptio doli der Auffassung des Wechsels als eines umlaufsfähigen, seinen Werth und seine Sicherheit in der mit der

Digitized by Google

Unterschrift einer Wechselerklärung verbundenen wechselmäßigen Haftung des Unterzeichners findenden Geldpapieres widerstreiten, auf einem Umwege auf die Grundsätze über den sogenannten Wechselvertrag zurückführen und allen möglichen Einreden in Ansehung der Gültigkeit der Unterschrift und der in derselben ruhenden wechselmäßigen Verpflichtung ein so weites Feld eröffnet würde, als es bei Verfolgung von Ansprüchen aus gewöhnlichen schriftlichen Verpflichtungen nicht größer sein könnte.

Gelpcke, Zeitschrift für Handelsrecht, Heft 2, S. 174 fg. und Heft 3, S. 182 fg.

Archiv für Wechselrecht Bd. 4, S. 91, Bd. 9, S. 314 fg.

Es leidet deshalb auch der in l. 19 D. de regulis juris ausgesprochene Grundsatz, daß jeder von den Rechtsverhältnissen seines Mitcontrahenten sich Kenntniß verschaffen müsse, bei dem Wechselverkehr insofern eine wesentliche Modification, als der Nehmer eines Wechsels von der Voraussetzung ausgehen darf, daß die Unterschrift unter einem vollständig vorliegenden Wechsel bei vorhandener Dispositionsfähigkeit den Verfasser der Unterschrift vollständig binde, mithin der Indossatar eines Wechsels, dessen Contert keine äußeren Spuren der Fälschung zeigt, seiner Verpflichtung genügt, wenn er sich von der Aechtheit der Unterschrift Gewißheit verschafft, wogegen ihm keineswegs obliegt, sich nach dem Rechtsverhältnisse, welches zwischen dem Remittenten und dem Aussteller stattgefunden hat und nach den näheren Umständen, unter denen die Unterschrift bewirkt und dem Remittenten ausgehändigt worden ist, zu erkundigen.

Aus vorstehenden Gründen ist die Ausflucht des Beklagten in der Art und Weise, wie sie jetzt vorgeschützt worden, weder im Wechselprozesse, noch, dafern die obige Voraussetzung, daß Beklagter das Blanquet dem falsarius selbst übergeben hat, richtig ist, im ordentlichen Prozesse zu beachten. Ob Beklagter, wie er Bl. — behauptet, im Stande sei, die exceptio doli dem Kläger gegenüber mittels einer anzustellenden Widerklage schlüssiger, als zeither geschehen, zu begründen, ist nicht zu übersehen und um so weniger jetzt zu erörtern, als dem Beklagten das Befugniß, die ihm zur Seite stehenden Exceptionen, so weit er sich damit fortzukommen getraut, in der Widerklage oder besonders auszuführen, nicht entzogen werden kann.

Digitized by Google

II. Römisches und Sächsisches Civilrecht.

22.

Kauf, qualificirtes Mandat oder einfache Bürgschaft?

II. Sen.-Erk. v. 25. Novbr. 1862 no. 687/783.

Für Beurtheilung der vorliegenden Klage ergiebt sich ein, von dem, vom Kläger gewünschten, verschiedener Standpunkt, wenn man das darin geschilderte Rechtsgeschäft nicht als einen zwischen dem Beklagten als Käufer und dem Kläger als Verkäufer der in der Klagbeilage A. specificirten Quantitäten Tabak abgeschlossenen Kauf, sondern mit der vorigen Instanz, als einen Interceſſionsvertrag auffaßt. Und diese Auffassung hat man auch in gegenwärtiger Instanz nach den eigenen Angaben des Klägers über den Inhalt der am 28. Mai 1856 zwischen dem Kläger und dem Beklagten im Beisein S.'s, dessen Eigenschaft als Werkführer der verw. gewesenen H. hier allerdings von keinem wesentlichen Einfluß ist, stattgefundenen Verabredung, für die richtige anerkennen müssen. Der Beklagte soll nämlich bei dieser Gelegenheit dem Kläger eröffnet haben, daß er diesem S. für die unter der Firma: J. J. H. bestehende Cigarrenfabrik eine Bestellung von 300,000 Stück Cigarren gegeben habe. Um sich nicht nur die ununterbrochene Lieferung, sondern auch die gleichmäßige Beschaffenheit des Materials thunlichst zu sichern, habe Beklagter den Kläger ersucht, an ernannten S. für die Firma J. J. H. zu dem angegebenen Zwecke die Bl. gedachten Quantitäten Ambalema- und Brasil-Tabak zu den dort gedachten Preisen abzulassen; er mache sich daher verbindlich, für die richtige und pünktliche Bezahlung der Preise aufzukommen, indem er verspreche, selbst die Zahlung zu leisten, wenn die Wittwe H. die bedungene Zahlungsfrist, vier Monate nach Empfang der Waare, nicht innehalten sollte. Schon die Behauptung, daß der Beklagte den Kläger ersucht habe, einer dritten Person, nämlich der Inhaberin der Firma H., eine Quantität Tabak für bestimmte

Digitized by Google

Preise zu liefern, schließt die Annahme, daß er diesen Tabak für seine Person von dem Kläger zu kaufen beabsichtigt habe, deshalb aus, weil sie nicht den Willen, als Selbstkäufer aufzutreten, sondern nur die Aufforderung, einen Kauf über eine gewisse Gattung von Waare nach bestimmten Quantitäten und Preisen mit einer dritten Person abzuschließen, diese Aufforderung aber nach der Meinung des OAG.'s ganz deutlich enthält. Hat der Beklagte dem Kläger hierbei eröffnet, daß er bereits eine Bestellung von 300,000 Stück Cigarren bei der Firma H. gemacht habe, und daß ihm daran gelegen sei, daß die Lieferung ununterbrochen und mit thunlichst gleichmäßiger Beschaffenheit des — zur Fabrikation der bestellten Cigarren zu verwendenden — Materials erfolge, so ist damit nur, wie die Klage selbst bezeichnet, das Motiv jener Aufforderung und der dabei ausdrücklich übernommenen Haftung für die richtige Bezahlung der Kaufpreise angegeben und zugleich das Interesse nachgewiesen, welches der Beklagte daran hatte, daß der Kläger die gewünschte Lieferung an die verwittwete H. übernahm.

Ebenso bestimmt, als die Aufforderung, mit einer dritten Person zu contrahiren, den Willen, diesen Vertrag selbst einzugehen, ausschließt, würde die Zusage, für die richtige und pünktliche Bezahlung der Kaufpreise aufzukommen und ein zu diesem Behufe abgegebenes Versprechen, die Zahlung selbst zu leisten, wenn die verw. H. die bedungenen Zahlungsfristen nicht innehalte, darauf hinweisen, daß nur ein Interceſſionsvertrag beabsichtigt worden sei. Man kann diese Interceſſion als eine solche betrachten, welche in der Form eines Mandates erfolgt ist.

Buchta, Pandecten, §. 326.

Denn das mandatum qualificatum (der Creditauftrag) besteht eben darin, daß Jemand in seinem Interesse den Andern auffordert, ein Rechtsgeschäft mit einer dritten Person einzugehen und dieser dabei Credit zu geben.

l. 6 §. 4, l. 12 §. 13, 14, l. 32 D. mand. (17. 1.)

§§. 5, 6, J. de mand. (3. 26.)

v. Keller, Pandecten, §. 316.

Es kann aber auch, wenn man das entscheidende Gewicht auf das eben erwähnte Versprechen legt und berücksichtigt, daß allem

Digitized by Google

Anscheine nach die verw. H. mit dem Kläger wegen der betreffenden Tabakslieferungen bereits in Unterhandlung gestanden haben mag, das behauptete Rechtsgeschäft zwischen dem Beklagten und dem Kläger in seiner Gesammtheit als ein gewöhnlicher Interceſſionsvertrag des heutigen Rechtes aufgefaßt werden, bei welchem sich der Beklagte verpflichtet haben würde, für eine zukünftige Verbindlichkeit der verw. H. gegen den Kläger einzustehen. Daß auch außer dem Falle eines Creditmandates wegen einer noch nicht vorhandenen, sondern erst noch in Aussicht stehenden Verpflichtung intercedirt werden könne, ist nicht zu bezweifeln.

l. 41 pr. D. de fidejuss. (46. 1.)

l. 3 §. 4 de administrat. rer. (50. 8.)

v. Keller, a. a. O., §. 288.

Nur versteht es sich, wie bereits in voriger Instanz bemerklich gemacht worden ist, von selbst, daß die Verbindlichkeit des Intercedenten solchenfalls erst mit dem Entstehen der künftigen Obligation in Wirksamkeit tritt.

23.

Der Käufer eines verpachteten Grundstückes, welchem vom Verkäufer dessen Rechte aus dem Pachtvertrage cedirt sind, kann i. J. auch eine darin bedungene cassatorische Clausel geltend machen.*)

II. Sen.-Erk. v. 7. Novbr. 1862 no. 754/747.

Die von der ersten Instanz gegen die Statthaftigkeit der erhobenen Klage entwickelten Bedenken beruhen auf der rechtlichen Voraussetzung, daß Verträge, aus welchen mit Verbindlichkeiten gemischte

---

*) Bei Erkaufung des Rittergutes K. Seiten der Klägerin war derselben vom Verkäufer St. auch der von diesem mit Beklagtem geschlossene Pachtvertrag in der aus dem Texte ersichtlichen Maße cedirt. Bei Säumniß des Pachters mit Abführung des Pachtgeldes forderte Klägerin Auflösung des Pachtes in Folge einer im ursprünglichen Vertrage stipulirten cassatorischen Clausel. Die Ima sprach deren Benutzung der Klägerin ab. Allein die IIda (AG. Budissin) reformirte und das OAG. bestätigte. — Rationes im Text.

Digitized by Google

Rechte entstehen, auf andere Personen einseitig nicht übertragen werden können, daß mithin in dem vorliegenden Falle der Vorbesitzer der Klägerin St., bei dem Verkaufe des Pachtgrundstückes zwar den Anspruch auf verfallene Pachtgelder aus dem mit dem Beklagten über das Rittergut Kl.-D. abgeschlossenen Pachtcontracte, nicht aber seine gesammten, aus diesem Vertrage entsprungenen Rechte und Verbindlichkeiten und namentlich nicht das Befugniß, die bedungene cassatorische Clausel, wie geschehen, geltend zu machen, der Klägerin habe überweisen dürfen. Nun kann man dieser Ansicht insoweit beistimmen, als damit eine Uebertragung des ganzen Pachtverhältnisses mit der Wirkung gemeint ist, daß nunmehr der Abpachter nicht blos seine Verbindlichkeiten aus dem Vertrage an den Cessionar des Verpachters zu erfüllen, sondern auch wegen seiner Vertragsrechte, der Gewährung des uti frui licere und sonstiger Gegenleistungen, nicht mehr an den Letzteren, sondern lediglich an den Cessionar sich zu halten habe. Denn, wie Bl. richtig bemerkt wird, kann sich der Interessent eines zweiseitigen Vertragsverhältnisses von seinen diesfallsigen Verpflichtungen einseitig und ohne Zustimmung des Mitcontrahenten ebensowenig liberiren, als dies der Schuldner aus einem einseitigen Vertragsverhältnisse durch Substituirung eines anderen Schuldners vermag. In dieser Form stellt sich aber die Frage der Wirksamkeit einer sogenannten Pachtcession in der Regel und namentlich auch in dem vorliegenden Falle nicht dar. Wenn in dem zwischen Klägerin und dem Vorbesitzer St. über das Rittergut Kl.-D. abgeschlossenen Kaufsvertrage §. 9 bestimmt ist,

> Käuferin tritt in den bestehenden Pachtcontract allenthalben ein und übernimmt unter vollständiger Vertretung des Verkäufers alle daraus hervorgehenden Rechte und Verbindlichkeiten, Verkäufer tritt zugleich an Käuferin die Ansprüche ab, welche etwa seit dem 26. April 1861 aus begangenen Pachtcontraventionen gegen dem Pachter ihm zustehen und cedirt überhaupt von diesem Tage an alle gegen den Pachter zustehenden Rechte, mit alleiniger Ausnahme des bereits bis Johannis 1861 berichtigten Pachtgeldes,

so ist damit nicht gesagt, daß St. seinen Vertragsverbindlichkeiten gegen den Beklagten durch Substituirung der Klägerin sich zu entledigen

Digitized by Google

beabsichtige, vielmehr nur so viel bestimmt, daß Klägerin die ihm aus diesem Vertrage zukommenden Rechte an seiner Statt ausüben und zu diesem Behufe auch die demselben correlaten Verbindlichkeiten an seiner Statt gegen den Beklagten erfüllen solle, hierzu aber sich ihm, dem Verkäufer gegenüber dergestalt verpflichte, daß der Beklagte gar nicht in die Lage komme, ihn, Verkäufern, als Mitcontrahenten in Anspruch nehmen zu können. Ein rechtlicher Grund, aus welchem Verpachter in dieser Maße nur den Anspruch auf bereits verfallene Pachtgelder, wie die erste Instanz annimmt, nicht auch die Ausübung künftiger und überhaupt aller ihm zustehenden Vertragsrechte auf die Klägerin habe übertragen können, ist nicht abzusehen, vorausgesetzt, daß dadurch das Rechtsverhältniß des Beklagten in keiner Weise ungünstiger gestaltet wird, als es dem ursprünglichen Mitcontrahenten St. gegenüber bestanden hat. Dies ist offenbar dann nicht der Fall, wenn die dem Verpachter obliegenden Contractsverpflichtungen Seiten seiner Cessionarin, der Klägerin, ganz ebenso, wie von ihm selbst zu geschehen gehabt hätte, erfüllt und dadurch alle etwaigen Einwendungen, welche der Abpachter seinen Mitcontrahenten entgegen zu stellen berechtigt gewesen wäre, beseitigt werden. Der Verpachter hat sich mittels Vinculirung der Käuferin im Stande erhalten, seinen Vertragsverpflichtungen nach wie vor genügen zu können und da es, die Vollständigkeit der Erfüllung vorausgesetzt, dem Abpachter ganz gleichgültig bleibt, ob diese Erfüllung durch den Verpachter selbst oder durch die von ihm hierzu angewiesene Käuferin, jetzige Klägerin, erfolgt, so bleibt das ursprüngliche Vertragsverhältniß durch den Verkauf des Pachtgrundstückes an die Klägerin und durch den damit verbundenen Eintritt der Letzteren in den Pachtvertrag im Wesentlichen unverändert. Die rechtliche Wirkung einer sogenannten Pachtcession in diesem Sinne läßt sich nach allgemeinen Grundsätzen nicht bezweifeln,

Heise und Cropp, Abhandlungen Bd. II. Nr. X., S. 293 fg. ist auch in dem von der ersten Instanz selbst angezogenen Rechtsfalle in der Zeitschr. für Rechtspflege u. V. N. F. Bd. XII., S. 354 fg. ausdrücklich anerkannt und ein Grund von dieser Wirksamkeit eine einzelne Vertragsbestimmung, die Stipulation in Betreff der cassatorischen Clausel, auszunehmen, liegt hier nicht ebenmäßig, wie in dem

Digitized by Google

nurgedachten Rechtsfalle vor, in welchem ein das frühere Pachtverhältniß novirendes Abkommen zwischen dem Nachbesitzer des ursprünglichen Verpachters und dem Abpachter in Frage gestanden hat. Um diese Cession gegen den Beklagten in Geltung treten zu lassen, hätte es daher eines Mehreren nicht, als der auch in anderen Cessionsfällen erforderlichen Notification an den debitor cessus bedurft. Daß ihm aber von St. selbst am 2. Mai 1861 angezeigt worden ist, es sei das Rittergut Kl.-D. an Klägerin verkauft, der Pachtvertrag auch von derselben übernommen worden, hat Beklagter zu Einlassungspunkt 136 unumwunden eingeräumt.

24.

Ueber den Einfluß der Cession zukünftiger Pachtgelder auf das Rechtsverhältniß der Pachtcontrahenten unter sich und dem Cessionar gegenüber.

II. Sen.-Erk. v. 23. Decbr. 1862 no. 700/705.*)

Durch die Cession noch nicht betagter Pachtgelder tritt der Cessionar keineswegs an Stelle des Cedenten in das Pachtverhältniß selbst ein, vielmehr verbleibt Cedent nach wie vor Verpachter und wie daher auch nur der Cedent dem Pachter das uti frui licere ferner zu gewähren hat, so hat es auch in Betreff der Frage über Auflösung oder Fortsetzung des Pachtes der Pachter lediglich mit seinem Verpachter zu thun. Das Recht, welches durch die Cession noch nicht gefälliger Pachtgelder an den Cessionar gelangt, begreift nur ein Novum, dessen Existenz davon abhängig ist, daß der Pachtcontract bis zum Ablauf der Zeit, auf welche die Pachtgelder abgetreten worden sind, auch wirklich fortgesetzt wird. Der eigenthümlichen Natur einer

*) H. hatte an Beklagten sein Gut auf eine längere Reihe von Jahren verpachtet, während des Laufes des Pachtes aber künftig fällig werdende Pachtgeldertermine an Klägerin cedirt. Beklagter hatte nur theilweise gezahlt und der Klage auf den Rest u. A. den Einwand entgegengestellt, daß er vor dem ursprünglich verabredeten Termine von H. Pachtes entlassen worden, hierdurch aber sich seine Zahlungspflicht und die Wirkung der Cession erledigt habe. IIda (AG. Leipzig) und OAG. erachteten diesen Einwand für wirksam.

Digitized by Google

solchen Forderung ist es daher vollständig entsprechend, wenn von der vorigen Instanz davon ausgegangen worden ist, daß derjenige, welcher sich eine noch nicht verständene Pachtgelderrate abtreten läßt, hierdurch vorerst nur ein eventuelles Recht erlange, dessen dereinstige erfolgreiche Geltendmachung an die nämlichen Vorbedingungen gebunden sei, wie wenn es dem Cedenten selbst noch zustände, und daß daher der Cessionar in einem solchen Falle ungeachtet der an den debitor cessus geschehenen Denunciation von dem Verhalten des Cedenten immer noch insofern abhängig bleibe, als die für die Existenz des cedirten Klagrechtes wesentliche Conctactserfüllung in Frage komme. Es folgt aber hieraus zugleich, daß in Fällen der vorliegenden Art der debitor cessus auf Vereinbarungen, wodurch die ursprünglich festgesetzte Dauer des Pachtcontractes abgekürzt worden, selbst wenn solche mit ihm von dem Verpachter ohne Zustimmung des Cessionars getroffen worden sind, auch diesem gegenüber mit rechtlicher Wirkung sich beziehen kann, und nur dann dem Cessionar ersatzpflichtig wird, wenn er auf die vorzeitige Pachtauflösung dolose hingewirkt und insoweit er hierdurch dem Ersteren Schaden zugezogen hat.

25.

Die auf unbestimmte Zeit eingegangene Societät kann auch von dem Socius einseitig gelöst werden, welcher zu Gunsten des anderen auf die Kündigung verzichtet hat. — Schädenanspruch.*)

A.

II. Sen.-Erk. v. 5. Mai 1862 no. 141/172.

Nach der Klage stellt sich derjenige Vertrag, welchen im Jahre 1859 der Kläger mit der Beklagten wegen des Anräumens, sowie

*) Kläger behauptete, mit der Beklagten einen Vertrag dahin abgeschlossen zu haben, daß er auf deren Grundstücken einen Steinbruch für gemeinschaftliche Rechnung anräumen und betreiben und ihr hierfür, außer der Hälfte des zu erzielenden Reingewinnes, noch so viel, „als er geben könne", gewähren solle. Auch habe Beklagte auf seine ausgesprochene Befürchtung in Betreff der Kündigung ausdrücklich erklärt, daß er den Steinbruch so lange betreiben könne, als er wolle. Nun habe er im Frühjahr 1859 die

Digitized by Google

wegen des gemeinschaftlichen Betriebes eines neuen Steinbruches abgeschlossen hat, als ein auf unbestimmte Dauer eingegangener Societätscontract dar. Die vorige Instanz hat dies auch nicht verkannt und ebensowenig in Zweifel gezogen, daß, da bei einem derartigen Vertragsverhältnisse der einseitige Rücktritt von diesem dem Zurücktretenden dann freistehe, wenn derselbe der Gesellschaft unnachtheilig, namentlich zu einer Zeit erfolge, wo die einzelnen Geschäfte und Verrichtungen der Gesellschaft beendigt, neue Geschäfte und Verrichtungen aber nicht angefangen oder vorbereitet worden seien, zu Begründung der Klage die Vorführung von Thatsachen erforderlich gewesen wäre, welche entnehmen ließen, daß der Rücktritt der Beklagten von dem Vertrage in dem nurerwähnten Sinne ein unzeitiger genannt werden müsse. Sie hat jedoch dieser Lücke ungeachtet mit Rücksicht darauf, daß von dem Kläger zugleich auf ein Abkommen Bezug genommen worden, wonach sich die Beklagte dem Kläger gegenüber des Kündigungsrechtes begeben haben soll, die Klage, insoweit sie auf Ueberlassung jenes Steinbruches zum Zwecke der Betreibung für die Gesellschaft, sowie auf Vergütung erweislicher Schäden gerichtet ist, aufrecht erhalten zu müssen geglaubt, indem sie dabei von der Ansicht ausgegangen ist, daß der Fall, wenn, wie gegenwärtig von dem Kläger behauptet worden, der einseitig zurücktretende Gesellschaftstheilhaber sich seines Rücktrittsrechtes insoweit begeben, als er die Dauer des Vertrages von dem Willen des anderen Gesellschaftstheilhabers vertragsmäßig abhängig gemacht habe, dem Falle eines einseitigen Rücktrittes vor Eintritt einer dem Gesellschaftsvertrage

---

Anräumung und den Betrieb des Steinbruches begonnen. Allein schon im Herbste 1860 habe Beklagte den Vertrag für aufgelöst erklärt und ihm die fernere Betretung ihres Grundstückes untersagt. — Kläger petirte Contractserfüllung resp. Fortsetzung durch fernere Ueberlassung zum Betrieb, eventuell, daß Beklagte ihm, so lange er zum Betrieb bereit und fähig sein werde, seinen Antheil an dem durch Sachverständige zu ermittelnden Reingewinn zu gewähren schuldig. Beklagte hatte den Klaggrund insbesondere in Bezug auf den behaupteten Verzicht auf ihr Kündigungsrecht geläugnet. Die 1. und 2. Instanz erhielten die Klage aufrecht und erkannten auf verschiedene Delata über den Klaggrund. Die HI^ia reformirte auf Abweisung der Klage in der angebrachten Maße (Rationen im Texte sub A) und der Leuterungssenat confirmirte auf nunmehrige Appellation des Klägers (Rationen sub B.).

Digitized by Google

beigefügten auflösenden Bedingung dem Wesen nach gleich zu achten sei. Dieser Ansicht nach hat jedoch die gegenwärtige Instanz beizutreten nicht vermocht.

Nebenverträge, durch welche die Dauer einer Societät von einem Eintritte einer Resolutivbedingung abhängig gemacht worden, lassen sich insofern, als sie für einen gewissen Fall den Endpunkt des Vertragsverhältnisses fixiren, wohl mit einem auf eine bestimmte Zeit abgeschlossenen Gesellschaftscontract, nicht aber mit einem solchen, welcher keine Zeitbestimmung enthält, in Parallele stellen, sie gehören aber auch zu denjenigen Vereinbarungen, welche nach ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung

l. 1 D. pro socio (17. 2.)

const. 3 C. pro socio (4. 37.)

von den Theilnehmern einer Societät gültiger Weise abgeschlossen werden können.

Anders verhält es sich dagegen mit einem Vertrage, durch welchen man sich des Rechtes auf Aufkündigung der Societät für immer begiebt. Der Gesellschaftsvertrag macht den Begriff der engsten Personenvereinigung aus, geschlossen durch freien Verzicht auf die natürliche Willensfreiheit des Einzelnen, um einen Gesammtwillen Aller zu bilden, und eben deshalb gestützt auf das gegegenseitige Vertrauen, daß kein Theilnehmer seinen eigenen Willen dem Willen der Gesellschaft entfremde.

§. 4 Inst. de societate (III. 26.)

„manet societas eo usque, donec in eodem consensu perseveraverint; at, cum aliquis renunciaverit societati, solvitur societas.“

const. 5 Cod. pro socio. (4. 37.)

„tam diu societas durat, quam diu consensus partium integer perseverat.“

l. 63 pr. D. eod.

„societas jus quodammodo fraternitatis habet.“

Archiv für civilistische Praxis Bd. 17, S. 274 fg.

Diese das Wesen des Societätscontractes bildenden Grundzüge lassen es nicht nur erklärlich finden, daß letzterer nicht blos durch gemeinschaftlichen Beschluß aller Theilnehmer, sondern auch durch einseitigen

Digitized by Google

Rücktritt jedes einzelnen derselben aufgehoben wird, und daß selbst ein solcher einseitiger Abgang nur ausnahmsweise, wenn nämlich derselbe ohne eine rechtmäßige Ursache

Treitschke, die Lehre von der Gewerbegesellschaft, §. 67.

vor- oder unzeitig oder aus Arglist — dolus — erfolgt ist, den Zurücktretenden seinen Gesellschaftsgenossen gegenüber verantwortlich macht, sondern es ergiebt sich auch daraus, daß der Societätscontract, seiner Natur nach, nur so lange Bestand und Dauer haben kann, als die Interessenten ihn fortzusetzen Willens sind, zugleich die Richtigkeit der von den bewährtesten Rechtslehrern vertheidigten Ansicht, daß die Verabredung der Unauflöslichkeit der Societät ebensowenig, als der von dem einen oder anderen der Contrahenten bewirkte Verzicht auf das Aufkündigungsrecht bezüglich des letzteren eine Aenderung hervorzubringen vermöge,

Weber, von der natürlichen Verbindlichkeit, §. 81 Note 6, §. 85 Note 2.

Puchta, Pandecten, §. 372.

Arndts, Lehrbuch der Pandecten, §. 319.

Treitschke, die Lehre von der Gewerbegesellschaft, §. 67.

Heimbach, in Weiske's Rechtslexicon Bd. 4, S. 692.

Sintenis, Civilrecht, Bd. 2 §. 121.

einer Ansicht, welche übrigens auch von dem Verfasser der von der vorigen Instanz Bl. — bezogenen Abhandlung (Archiv für civilist. Praxis Bd. 17, S. 267) getheilt wird. Diesem Allen zufolge kann die Klage, insofern sie sich lediglich darauf stützt, daß die Beklagte des Kündigungsrechtes sich begeben, gleichwohl aber der desfalls dem Kläger gegebenen Zusage zuwider gehandelt habe, als ausreichend fundirt nicht angesehen werden. Dazu kommt aber noch, daß Kläger, selbst wenn er sich auf Thatsachen zu beziehen im Stande gewesen wäre, aus welchen hervorginge, daß der Rücktritt der Beklagten intempestiv erfolgt sei, doch immer nicht zu Formirung eines Klaggesuches, dergleichen von ihm gestellt worden, sondern nur zu Erhebung eines Anspruchs auf Vergütung der ihm durch die Handlungsweise der Beklagten zugezogenen Nachtheile berechtigt gewesen sein würde.

Puchta, Pandecten, §. 372.

Arndts, Lehrbuch der Pandecten, §. 319.

Digitized by Google

und daher den Grundsätzen zufolge, welche zur Anwendung kommen, wenn principaliter Schäden eingeklagt werden, diese in quali und quanto sofort speciell zu begründen gehabt hätte.

B.

III. Sen.-Erk. v. 11. Octbr. 1862 no. 48/49.

Das Recht der einzelnen Gesellschafter, von dem abgeschlossenen Gesellschaftsvertrage durch einseitige Aufkündigung zurückzutreten, ist in der Regel wenigstens dann ein unbeschränktes, wenn der Gesellschaftsvertrag nicht auf eine im Voraus festgesetzte bestimmte Zeit eingegangen worden ist, und es kann auch dann ausgeübt werden, wenn zwischen den Gesellschaftern verabredet worden ist, daß die Genossenschaft eine unlösbare sein solle. Selbst die Uebereinkunft, daß der einseitige Rücktritt innerhalb einer gewissen Frist nicht solle geschehen können, schließt das Kündigungsrecht des einzelnen Gesellschafters nicht unbedingt aus,

l. 14, l. 70 D. pro socio (17. 2.)

es kann vielmehr, selbst wenn die Gesellschaft auf eine im Voraus bestimmte Zeit verabredet worden ist, der einseitige Austritt des einen Gesellschafters vor Ablauf dieser Zeit, und zwar sogar, ohne daß der Austretende einem Entschädigungsanspruch des anderen Socius sich aussetzt, dann erfolgen, wenn dem Austretenden rechtmäßige Gründe zur Seite stehen.

l. 14—16 D. eod.

Annalen, Bd. 3, S. 396 fg.

Wäre daher auch im vorliegenden Falle in der That zwischen den Parteien eine Vereinigung dahin getroffen worden, daß die Dauer des zwischen ihnen eingegangenen Societätsvertrages nur von dem Willen des Klägers habe abhängig sein sollen, so würde doch hierdurch das Befugniß des Beklagten, von diesem Vertrag gegen den Willen des Klägers einseitig zurückzutreten, nicht ohne Weiteres aufgehoben, da es sich hier, wie auch schon Bl. — und Bl. — bemerkt worden, um einen auf eine unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaftsvertrag handelt. Vielmehr war Beklagte nur so lange an diesen Vertrag gebunden, als sie selbst von ihrem Rücktrittsrechte keinen Gebrauch machte. That sie aber Letzteres, so konnte Kläger auf Grund

Digitized by Google

der angeblich zwischen ihm und der Beklagten getroffenen, einen unverbindlichen Verzicht auf ihr Kündigungsrecht enthaltenden Verabredung allein die Fortsetzung des Gesellschaftsvertrages nicht fordern, sondern er konnte höchstens in Folge des Rücktrittes der Beklagten sein Interesse ersetzt verlangen, und auch das nur unter der Voraussetzung, daß der Rücktritt der Beklagten arglistiger oder unzeitiger Weise erfolgte. Auf ein dolöses Gebahren der Beklagten hat aber Kläger selbst sich nicht bezogen, ebensowenig hat er specielle Thatsachen angeführt, aus denen erhellen würde, daß der Rücktritt der Beklagten zu der Zeit, zu welcher er erfolgte, ein unzeitiger, die Interessen der Gesellschaft verletzender gewesen sei, und es konnte sich daher nur fragen, ob die Intempestivität des Rücktrittes schon daraus allein hervorgehe, daß der letztere von der Beklagten gegen ihre Zusage bewirkt wurde, noch ehe der Kläger seiner Seits die Absicht zu erkennen gegeben hatte, daß er den Vertrag auflösen wolle.

Eine derartige Annahme hat man nun aber auch bei nochmaliger Erwägung der Sache für hinreichend gerechtfertigt nicht erachten können.

Denn wenn auch bei den auf eine bestimmte Zeit geschlossenen Societätsverträgen der vor Ablauf dieser Zeit ohne genügenden Rechtfertigungsgrund erklärte Austritt des einen Gesellschafters in der Regel als ein unzeitiger ohne Weiteres zu betrachten sein wird,

l. 65 §. 5 D. de eod.

so läßt sich doch bei einem auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Gesellschaftsvertrag, wie ein solcher hier vorliegt, die Intempestivität des Rücktrittes nur aus Thatsachen entnehmen, welche wirklich darauf schließen lassen, daß der Austritt des einen Gesellschafters mit nachtheiligen Folgen für die bisherige Gesellschaft selbst verknüpft gewesen sei. Denn daß ein solcher Nachtheil stattgefunden habe, läßt sich bei derartigen, auf unbestimmte Dauer berechneten Verträgen ohne Weiteres keineswegs vermuthen, sondern ist von den übrigen Gesellschaftern speciell zu beweisen, und eine contractliche Obliegenheit der Gesellschafter, in der Societät zu bleiben, wird hier nicht verletzt, wie solches bei den auf eine bestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaften der Fall ist. In dieser Beurtheilung der Sache ändert sich auch nichts dadurch, daß die Dauer der Societät angeblich in das Belieben des Klägers soll gestellt gewesen sein. Denn da diese Stipulation eine

Digitized by Google

rechtliche Verbindlichkeit für die Beklagte in Betreff der Fortsetzung der Societät bis zu deren Aufhebung durch den Willen des Klägers überhaupt nicht erzeugte und nicht erzeugen konnte, der Beklagten vielmehr der Abgang demungeachtet frei gestellt war, so läßt sich auch daraus, daß sie von diesem ihrem Rechte Gebrauch machte, noch kein Schluß auf die Rechtzeitigkeit oder Unrechtzeitigkeit ihres Austrittes ziehen, und es bedurfte daher immer noch des Beweises der letzteren. Fehlt es nun aber in Bezug auf die Intempestivität des Austrittes der Beklagten an den erforderlichen factischen Unterlagen in der Klage, so war letztere in der angebrachten Maße abzuweisen und demgemäß das vorige Urthel zu bestätigen.

26.

Unwirksamkeit des vom Mandatar unter dem Limitum bewirkten Verkaufs, dem Mandans gegenüber.

II. Sen.-Erk. v. 7. Octbr. 1862 no. 670/655.

Es läßt sich nicht bezweifeln, daß die erhobene Klage, so weit sie gegen den Mitbeklagten gerichtet ist, die Requisite der Publicianischen Klage vollständig in sich enthalte, da in ihr in schlüssiger Weise darauf Bezug genommen ist, daß der Gemeinschuldner im Usucapionsbesitz des in der Klage beschriebenen Apparates sich befunden habe, und daß der Mitbeklagte gegenwärtig diesen nämlichen Apparat detinire. Behauptet nun der Mitbeklagte seiner Seits, daß er den Apparat von dem zu dessen Verkauf Seiten den Gemeinschuldners beauftragten Beklagten erkauft und übergeben erhalten habe, so erscheint dieses Anführen, wie schon in voriger Instanz richtig gezeigt worden, als eine Exception, deren Beachtlichkeit dem Kläger gegenüber gegenwärtig bereits rechtskräftig feststeht. Gegen diese Einrede kommt aber die Behauptung Klägers in seiner Klage in Betracht, daß Beklagter von dem Gemeinschuldner zu dem Verkauf des Apparates nur mit der Beschränkung beauftragt worden sei, daß er den Apparat nicht unter 43 Thlr. für den Centner Kupfer, aus dem der Letztere bestehe, verkaufen solle. Wäre nämlich dieses Anführen in Wahrheit begründet, so würde dadurch die vorgedachte Einrede des Mitbeklagten elidirt werden.

Digitized by Google

Der Mandatar hat bei Ausführung des ihm ertheilten Auftrages als Richtschnur für seine Handlungsweise die ihm gegebene Anweisung zu befolgen, und thut er das nicht, überschreitet er vielmehr die Grenzen des Mandats, so handelt er nicht mehr als Mandatar.

l. 5 pr. D. mandati vel contra (17. 1.).

Der Auftraggeber, beziehentlich dessen Rechtsnachfolger, ist daher auch an das, was sein Beauftragter außerhalb der Grenzen des Auftrages that, auf Grund des Mandats nicht gebunden und er braucht die Handlungen seines Beauftragten nicht anzuerkennen.

Wie daher derjenige, welcher zum Ankauf einer gewissen Sache für ihn einen Andern beauftragte, dabei aber im Voraus seinem Mandatar den Preis bestimmte, um den er für ihn kaufen solle, aus dem von seinem Beauftragten für ihn abgeschlossenen Kauf dann nicht gehalten ist, wenn der Mandatar die betreffende Sache um einen höheren als den ihm bestimmten Preis kaufte,

§. 8 J. de mandato (3. 27.)

so braucht auch der, welcher einem Andern den Auftrag ertheilte, eine gewisse Sache zu einem bestimmten Preis für ihn zu verkaufen, den von seinem Beauftragten bewirkten Verkauf dann nicht anzuerkennen, wenn der Mandatar um einen geringeren Preis verkaufte. Vielmehr blieb solchenfalls das Eigenthum der Sache bei ihm, und er ist daher auch berechtigt, die Letztere von dem Käufer zu vindiciren, ohne daß dieser ihm gegenüber auf die exceptio rei venditae et traditae sich berufen könnte.

Dieser Grundsatz ist in den bereits in voriger Instanz angezogenen Gesetzesstellen

l. 5 §. 3, 4 D. mand. v. c. in Verbind. mit l. 1 §. 3 D. de exc. rei vend. et trad. (21. 3.)

klar ausgesprochen und eine Ausnahme zu Gunsten desjenigen Käufers, welcher sich bei Abschluß des Kaufcontractes mit dem Beauftragten in gutem Glauben befand, also namentlich von den Grenzen des Auftrages keine Kenntniß hatte, ist in jenen Stellen nicht gemacht. Auf die Frage aber, ob und inwieweit eine andere Beurtheilung der Sache dann einzutreten habe, wenn der Mandant dem offenkundig gegebenen, und in der Folge bei Abschluß des Kaufes dem Käufer oder beziehentlich Verkäufer durch den Mandatar bekannt gemachten Auftrag

Digitized by Google

gewisse geheime Beschränkungen beigefügt hat, die der Käufer nicht voraussetzen konnte, — (es ist das der Fall, von welchem in dem in der Zeitschr. für Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. 19, S. 544 fg. abgedruckten Präjudiz die Rede ist) — braucht, wie bereits in der vorigen Instanz hervorgehoben worden ist, hier um deswillen nicht näher eingegangen zu werden, weil nach der von dem Mitbeklagten selbst gegebenen Sachdarstellung anzunehmen ist, es habe der Beklagte den Handel mit dem Mitbeklagten in eigenem Namen geschlossen, wenn auch unter allgemeiner Bezugnahme darauf, daß ihm der Apparat von einem auswärtigen Geschäftsfreunde zum Verkauf übergeben worden sei.

27.

Zur Lehre von der Zinspflicht des Mandans resp. Geschäftsherrn in Bezug auf vom Mandatar resp. negotiorum gestor gemachten Verlag.*)

II. Sen.-Erk. v. 19. Decbr. 1862 no. 681/700.

Die Ansicht der vorigen Instanz, daß ein Bevollmächtigter oder Geschäftsführer die Verzinsung der Auslagen, welche er für den Mandanten oder Geschäftsherrn gemacht hat, nur dann fordern dürfe, wenn er sich auf das Versprechen des Mandanten oder des dominus negotii, den bestrittenen Verlag an einem bestimmten Tage zurückzuzahlen oder auf Interpellation zu beziehen vermöge, ist mit den bestimmten Vorschriften in

l. 1 C. mand. (4. 35.): de pecunia, quam de proprii sopibus, vel ab aliis mutuo acceptam erogasti, mandati actione pro sorte et usuris potes experiri.

l. 18 C. de neg. gestis (2. 19.): ob negotium alienum gestum sumptuum factorum usuras praestari bona fides suasit.

nicht zu vereinigen. Auch tritt die Verpflichtung zu Gewährung von Verzugszinsen nicht blos in den in l. 12 §. 9 D. mand. (17. 1.) speciell erwähnten Fällen, wenn nämlich der Mandatar, um eine Schuld seines Machtgebers zu bezahlen, von seinem Schuldner ein

*) Vergl. Annalen Bd. V., S. 161 fg.

Digitized by Google

zinstragendes Kapital eingehoben oder selbst ein zu verzinsendes Darlehn aufgenommen hat,

Sintenis, pract. Civilr. §. 113 Th. II., S. 578 ed. 2.

sondern nach der vom OAG. beim Rechtsprechen befolgten und in der Zeitschr. für Rechtspflege u. Verw. N. F. Bd. XIII., S. 312 fg. Nr. 103 und S. 315 fg. Nr. 114.

näher entwickelten Ansicht überall dann ein, wenn dem Bevollmächtigten oder dem Geschäftsführer in Folge des für den Mandanten oder Geschäftsherrn bestrittenen Aufwandes Zinsen entgehen. In letzter Beziehung bedarf es jedoch keines speciellen Nachweises Seiten desjenigen, welcher den Verlag gemacht hat, indem die Fälle, wo Jemand seine baaren Gelder unzinsbar liegen läßt, zu den Ausnahmen gehören, mithin dem Mandanten, welcher sich von der Verpflichtung, Verzugszinsen zu geben, befreien will, die Angabe und der Nachweis solcher Thatsachen obliegt, aus denen sich ergiebt, daß der Kläger die für ihn verwendeten Gelder außerdem nicht zinsbar angelegt haben würde.

28.

Die Behauptung des Mandans, der Mandatar habe einen Aufwand aus Mitteln des Ersteren gemacht, ist Exception.

II. Sen.-Erk. v. 19. Decbr. 1862 no. 681/700.

Einem Geschäftsführer (negotiorum gestor) oder Mandatar, welcher in rechtliche Gewißheit setzt, daß er bei Ausführung des Auftrages oder Geschäftes Aufwand bestritten habe, kann der Nachweis, daß er hierzu Gelder verlagsweise oder aus seinen Mitteln verwendet habe, nicht angesonnen werden. Was insbesondere das Mandat anlangt, so liegt in der Ertheilung des Auftrages, ein mit einem Kostenaufwande verbundenes Geschäft zu besorgen, das stillschweigende Versprechen des Mandanten, dem Mandatar den mit Ausführung des Auftrages verbundenen Aufwand zu gewähren. Wird ein solcher Auftrag vom Bevollmächtigten übernommen, so hängt es von seiner Willkür ab, ob er die zu Bestreitung der Kosten erforderlichen Gelder (einen Vorschuß) vom Mandanten vor Ausführung des Mandates verlangen,

l. 12 §. 17 D. mand. (17. 1.)

Digitized by Google

oder den erforderlichen Verlag aus seinem Vermögen entnehmen, und dessen Restitution nach vollzogenem Auftrage fordern will. Hieraus folgt, daß die Gewährung eines Vorschusses nicht ein nothwendiges Requisit des Auftragsvertrages bildet, sondern eine durch das ertheilte Mandat begründete Verpflichtung des Mandanten enthält, dessen Erfüllung von letzterem nachzuweisen ist, weshalb das Vorbringen eines verklagten Mandanten, daß der Mandatar den Verlag nicht aus eigenen Mitteln, sondern von einem ihm geleisteten Vorschusse, oder von anderen ihm vom Mandanten übergebenen Geldern bestritten habe, nicht als Verneinung des Klaggrundes, sondern als Ausflucht anzusehen ist.

Zeitschr. für Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. XV., S. 439.

29.

Ueber das Verhältniß mehrerer Administratoren einer milden Stiftung bei der Geschäftsführung.

II. Sen.-Erk. v. 17. Octbr. 1862 no. 585/603.*)

Die Vorsteher, Verwalter und Beamten einer Stiftung zu milden, wohlthätigen oder gemeinnützigen Zwecken stehen zu der Stiftung selbst

---

*) In einem, eine Stiftung für die N.-A.'sche Familien enthaltenden Testamente war verordnet, daß zwei Mitglieder dieser Familien Administratoren, der Verwalter der Gerichte zu B. aber Director der Stiftung sein sollten. Hierbei war verordnet: „Kapitalerhebungen und Ausleihungen aber können nur von dem Director und dem Administrator vorgenommen und expedirt werden, daher auch alle drei deshalb in solidum verbunden sein sollen, wenn Fehler vorgehen." Ein Kapital von 1500 Thlr. war nun von dem Gerichtsverwalter allein ausgeliehen worden, und der Actor der Stiftung erhob, da der Wiedereingang des Kapitals problematisch wurde, Klage gegen den Gerichtsherrn, in Vertretung seiner Gerichte, auf Rückstellung der 1500 Thlr. lediglich unter dem Gesichtspunkte, daß schon die Ausleihung durch den Gerichtsverwalter allein — ohne Concurrenz des einen Administrators — ein Verstoß sei, welcher die Completirung des Stiftungsfonds in Bezug auf das stiftungswidrig zu einem Darlehn verausgabte baare Geld erheische. Das OAG. stellte die Abweisung der Klage Seiten der ersten Instanz her, indem es in dem oben ausgehobenen Texte ausführte, daß in der Vornahme des Geschäftes Seiten eines der Administratoren allein, an sich ein nichtiges Gebahren nicht liege, sodann aber des Weiteren deducirte, wie auch die oben ausgehobenen Worte der Stiftungsurkunde für den concreten Fall ein Anderes nicht an die Hand gäben.

Digitized by Google

in einem ähnlichen Verhältnisse, wie Vormünder zu Unmündigen, weshalb ihre Ermächtigung, für sie zu handeln, Rechte zu erwerben und Verpflichtungen einzugehen, nach der deshalb in der Stiftungsurkunde ertheilten Instruction beziehentlich nach dem in Betreff der Verwaltung Seiten der Vormünder bestehenden gesetzlichen Vorschriften zu beurtheilen ist.

Sintenis, das prakt. gem. Civilr. §. 15 Bd. 1, S. 127 ed. 2.

v. Weber, system. Darstell. des im Königr. Sachsen geltenden Kirchenr. Bd. II. Abth. 3, S. 847 not. 46 verb. mit S. 1319 fg. ed. 1 und Bd. II. Abth. 2 §. 97, S. 594 verb. mit S. 734 ed. 2.

Sobald nun mehrere Vormünder dergestalt gemeinschaftlich bestellt sind, daß die Verwaltung zwischen ihnen nicht getheilt, vielmehr ihnen die Administration gemeinschaftlich übertragen worden ist, so steht jedem einzelnen Mitvormund das Recht zu, alle Verwaltungshandlungen in rechtsverbindlicher Weise allein und ohne Concurrenz der Mitvormünder zu verrichten, so daß die Gültigkeit eines von einem Einzelnen der contutores vorgenommenen Rechtsgeschäftes lediglich um deswillen, weil hierbei nicht alle Mitvormünder concurrirt haben, weder von dem Unmündigen nach erlangter Volljährigkeit, noch von den Mitvormündern während des Bestehens der gemeinschaftlichen Vormundschaft angefochten, wohl aber den letzteren das Zustandekommen des von einem Mitvormunde einseitig beabsichtigten Rechtsgeschäftes verhindert werden kann, wenn sie rechtzeitig, d. h. ehe das Geschäft vollzogen wird, widersprechen.

Sintenis, prakt. Civilr. Thl. 3 §. 151, S. 257 fg. ed. 2.

Glück, Erläuter. der Pandecten Thl. 30 §. 1336, S. 353 fg.

Der in der Rechtsquellen wiederholt ausgesprochene Grundsatz, daß bei einer Mehreren ungetheilt übertragenen Vormundschaft jeder Vormund allein handeln könne, beruht auf der Erwägung, daß bei der Einholung der Genehmigung sämmtlicher Vormünder häufig Verwaltungsmaßregeln, welche zum Vortheil des Bevormundeten gereichen könnten, unterbleiben würden.

l. 3 pr. et l. 24 D. de administr. et periculo tutor. (26. 7.)

Digitized by Google

Eine Ausnahme von obiger Regel tritt in zwei Fällen ein, nämlich bei allen Handlungen, welche die Aufhebung der Vormundschaft nach sich ziehen, z. B. der Arrogation Seiten eines Dritten,

l. ult. C. de auctorit. praest. (5. 59.)

und wenn der Testator in dem Testamente die Anordnung getroffen hat, daß die Verwaltung der Geschäfte an die Zustimmung eines bestimmten contutor dergestalt gebunden sein solle, daß das ohne seine Zustimmung Verhandelte nichtig und ungültig sei.

l. 47 pr. D. de administr. (26. 7.)

„Titium et Maevium tutores quis dedit, et cavit ita: Volo et rogo, omnia fieri cum Maevii fratris mei consilio, et quod sine eo gestum erit, irritum esto."

Diese Vorschriften sind durch die sächsische Gesetzgebung bestätigt worden, indem die A. P.O. Tit. IX. §. 1 auf die Bestimmung des gemeinen Rechtes, nach welcher, wenn mehrere Vormünder vorhanden sind, ein jeder in solidum agiren und respondiren könne, verwiesen und die allgemeine Vormundschaftsordnung Cap. XX. §. 3 ausdrücklich, daß von mehreren in solidum bestellten Vormündern außergerichtliche Handlungen auch Einer allein wegen der Unmündigen verrichten dürfe, bestimmt und nur insofern neue Ausnahmefälle, in welchen die Ausübung der Administration Seiten eines einzelnen Vormundes nicht ausreicht, aufgestellt hat, als alle gerichtlichen Handlungen, sowie die Veräußerungen unbeweglicher Mündelgüter von sämmtlichen Vormündern zusammen verrichtet werden sollen, wobei jedoch nur in Betreff der Mündelgrundstücke die bestimmte Vorschrift, daß ein Vormund ohne Zustimmung der Anderen gültige Veräußerungsverträge nicht abschließen könne, gegeben, die Entscheidung der Frage aber, ob ausnahmsweise Einer von mehreren Vormündern einen Actor allein bestellen dürfe, von dem Ermessen des Richters abhängig gemacht worden ist.

Erl. Proz.-Ordn. ad tit. IX. §. 2 in Verbind. mit §. 2 der A. Pr.-O. tit. IX.

Uebrigens entsprechen die Bestimmungen des römischen Rechtes über die Verwaltung von Municipien, welche mehreren Beamten ungetheilt anvertraut worden ist, den Vorschriften über die Geschäftsführung mehrerer Mitvormünder. Denn obwohl auch hier das Amt

Digitized by Google

mehrerer Municipalbeamten als ein gemeinschaftliches bezeichnet und von der Voraussetzung ausgegangen wird, daß sie die ihnen obliegenden Geschäfte gemeinschaftlich betreiben, so beziehen sich demnach die betreffenden Gesetzstellen lediglich auf die Frage, inwieweit die einzelnen Beamten für die gemeinschaftlich oder von Einem von ihnen verrichteten Geschäfte eine Verantwortung zu übernehmen haben, enthalten jedoch keine Disposition, daß jene Beamten nur als Collegium handelnd auftreten könnten und mithin dasjenige, was ein Einzelner von ihnen verrichtet, schon deshalb, weil die andern gemeinschaftlich bestellten Beamten hierbei nicht concurrirt haben, ungültig sei.

l. 11 D. ad munic. 50. 1.

Funke, Beiträge zur Erörterung praktischer Rechtsmaterien, S. 104 fg.

Unterholzner, Schuldverhältnisse Thl. 2, S. 654.

30.

Das Zinsenverbot ultra alterum tantum fällt bei Verzugs- und Legalzinsen hinweg.

II. Sen.-Erk. v. 19. Decbr. 1862 no. 681/700.

(Der Satz wurde als der Sächsischen Praxis entsprechend unter Hinweis auf die in der Zeitschr. f. Rpfl. u. Verw. N. F. Bd. XIII., S. 282 fg., Bd. XV., S. 341 fg. mitgetheilten älteren Präjudize zu Anwendung gebracht.)

31.

Der Schiedsspruch des vertragsmäßigen Schiedsrichters kann nur durch Bezugnahme auf Arglist, nicht aber durch solche auf Unangemessenheit angefochten werden.

II. Sen.-Erk. v. 6. Novbr. 1862 no. 753/735.

Wenn die Parteien, wie von ihnen in der zwischen ihnen nach Ausweis der Beilagsacten verhandelten Differenz geschehen, ausdrücklich dahin mit einander sich vereinigt haben, daß die zwischen ihnen schon damals streitig gewordene Frage, ob die der Klägerin von dem Beklagten angewiesene Wohnung in ihrem damaligen Zustande bewohnbar

Digitized by Google

sei oder nicht, durch einen von ihnen aus den Ortsgerichtspersonen des Amtsbezirkes G. gewählten Schiedsrichter beantwortet und von dessen Ausspruch die Entscheidung der Sache in der Maße abhängig gemacht werden solle, daß, dafern der Ausspruch des Schiedsrichters dahin ausfalle, daß die fragliche Stube wohnlich und gesund sei, Klägerin ihre damals erhobene Klage fallen zu lassen und den von ihr außer der Herberge geltend gemachten Ansprüchen zu entsagen habe, so mußte der Schiedsspruch des erwählten Arbiter auch für die Klägerin wenigstens so lange maßgebend sein, als sie nicht auszuführen vermochte, daß der Schiedsrichter bei Abgabe seines Schiedsspruchs arglistig verfahren sei. Sie konnte daher auch, um den ertheilten Schiedsspruch, welcher nach den angezogenen Beilagsacten dahin ging, daß die erwähnte Stube bewohnbar sei und eine Gefahr für die Gesundheit des Bewohners nicht befürchten lasse, zu beseitigen, sich nicht mit der Behauptung begnügen, daß andere Sachverständige, von denen die Wohnung auf ihre, der Klägerin, Veranlassung in Augenschein genommen worden, diese Wohnung als untauglich zum Bewohnen bezeichnet hätten. Denn sollten auch andere Sachverständige in Betreff der Bewohnbarkeit der gedachten Stube eine von der des erwählten Schiedsrichters abweichende Ansicht in der That gefaßt haben, so würde doch dadurch allein der ertheilte Schiedsspruch noch keineswegs umgestoßen werden können, es bleibt vielmehr der Letztere bestehend, dafern nur der Schiedsrichter mit demselben seine wahre Ueberzeugung kund gegeben hat,

l. 19 pr. D. de receptis, qui arbitrium receperunt. (4. 8.)

und zwar auch dann, wenn die Richtigkeit seines Ausspruchs zu Zweifeln Veranlassung geben sollte, da solchenfalls die compromittirenden Theile den Ausfall des Schiedsspruchs sich selbst zuzuschreiben und den Letzteren, auch wenn er nicht über alle Ausstellungen erhaben sein sollte, hinzunehmen haben.

l. 27 §. 2 D. eod.

Ist daher auch an sich das Recht der Klägerin, von dem Beklagten eine bewohnbare und der Gesundheit unschädliche Wohnung zu fordern, unzweifelhaft und auch von dem Beklagten selbst nicht bestritten, so ist doch andererseits durch den schiedsrichterlichen Ausspruch auch als feststehend zu betrachten, daß die der Klägerin ange-

Digitized by Google

wiesene Wohnung zu der Zeit, zu welcher der erwählte Schiedsrichter dieselbe untersuchte, den angegebenen Erfordernissen entsprochen habe. Daß nämlich der Schiedsrichter argliſtig verfahren sei, wird von der Klägerin nirgends direct behauptet, und die von ihr aufgestellte Schlußfolgerung, daß wenn bei nochmaliger Untersuchung die Unbewohnbarkeit ihrer Auszugswohnung sich ergeben sollte, dann auch angenommen werden müsse, entweder, daß der Schiedsrichter zu Abgabe seines Ausspruches der nöthigen Befähigung entbehrt habe, oder daß er ihr gegenüber argliſtig verfahren sei, entbehrt der gehörigen Begründung. Denn sollte auch ein anderer Sachverständiger über die Bewohnbarkeit der Stube der Klägerin eine andere Ansicht gewinnen, als der Schiedsrichter, so würde doch hieraus weder ohne Weiteres folgen, daß die des Letzteren die unrichtige gewesen, noch daß ihm die erforderliche Befähigung zur Abgabe seines Schiedsspruches überhaupt abgegangen, oder daß er argliſtig verfahren sei, sondern es würde sich dadurch eben nur herausstellen, daß die Beurtheilung der Sache verschiedenen Ansichten unterliegen könne, je nach den Ansprüchen, welche die betreffende Person an eine Wohnung stellt, um sie als bewohnbar zu betrachten oder nicht.

Mit Recht ist daher schon in der vorigen Instanz bemerkt worden, daß das Verhältniß nur dann anders sich gestalten könnte, wenn die Klägerin darauf in schlüſſiger Weise sich bezogen hätte, daß die Beschaffenheit ihrer Wohnung seit der Abgabe des Schiedsspruchs in einer Weise sich geändert habe, daß nunmehr wenigstens der ihr angewiesene Raum als genügende Wohnung nicht anzusehen sei.

32.

Ueber die Erfordernisse eines als selbstständiger Verpflichtungsgrund zu benutzenden Constituts.

II Sen.-Erk. v. 6. Novbr. 1862 no. 730/716.

Aus dem Inhalte der Klage läßt sich, wie man dem Kläger auf seine Einwendungen zugeben will, allerdings soviel mit genügender Deutlichkeit abnehmen, daß Kläger, soviel die Forderung von 200 Thlr. cum annexis anlangt, sein Klagrecht auf gewisse Schuldanerkenntnisse, welche seiner Meinung nach Beklagter bei Lebzeiten des

Digitized by Google

gemeinschaftlichen Erblassers und später abgegeben haben soll, gründet. Allein eine andere und hiervon ganz verschiedene Frage ist freilich die, ob auch dasjenige, was klägerischer Seits angeführt worden ist, so beschaffen sei, um einerseits dem Beklagten die Füglichkeit einer so bestimmten und deutlichen Erklärung, wie sie an sich schon, insonderheit aber mit Rücksicht auf die gebrauchte Eidesdelation erforderlich ist, zu geben, andererseits ein richterliches Urtheil über die Richtigkeit der rechtlichen Anschauung Klägers möglich zu machen. Und diese Frage hat man im Einklange mit der vorigen Instanz verneinen müssen.

Denn was zuvörderst das angeblich schon bei Lebzeiten des Erblassers abgelegte Schuldanerkenntniß anlangt, so läßt sich aus dem, was Kläger in dieser Beziehung vorgebracht hat, vor Allem nicht einmal mit der nöthigen Bestimmtheit übersehen, ob Kläger, daß dieses Anerkenntniß dem Erblasser gegenüber persönlich bewirkt worden sei, behaupten wollte. Noch viel weniger ist aber — dies einmal angenommen — erkennbar, unter welchen Umständen und auf welche Weise dasselbe erklärt worden sein soll. Hat aber Kläger auf ein directes Zahlungsversprechen sich nicht bezogen, welches freilich zu dem Wesen des Schuldanerkennungsvertrages nicht so schlechterdings erforderlich ist,

Baehr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, S. 165 verb. mit S. 233.

indessen da, wo es vorliegt, jeden Zweifel an der Absicht, sich zu verpflichten, auf Seiten des Promittenten ausschließt, so mußte derselbe wenigstens die Umstände, unter denen Beklagter, wie es dort heißt, „zu einer Gesammtschuld an Hauptstamm und Zinsen von 700 Thlr. ausdrücklich sich bekannt haben soll", genauer als geschehen, darlegen und zu diesem Ende wenigstens den sonstigen Inhalt der Verhandlung angeben, damit der Richter in den Stand gesetzt worden wäre, sich selbst ein Urtheil darüber zu bilden, ob Beklagter, worin das Wesen des constitutum debiti proprii im Gegensatze zu einem gewöhnlichen Schuldbekenntnisse zu erblicken ist, eine neue selbstständig wirkende Verpflichtung habe übernehmen wollen.

Digitized by Google

33.

Novi operis nunciatio und interdictum quod vi aut clam. — Heutige Unanwendbarkeit des Letzteren im Falle der Contravention gegen die Privatnunciation.

II. Sen.-Erk. v. 7. Novbr. 1862 no. 701/743.*)

Die zweite Instanz (AG. Zwickau) hat bereits entwickelt, daß nach der in Gemäßheit rechtskräftiger Verordnung erfolgten Wiederaufhebung des unter dem 2. November 1858 an den Beklagten erlassenen Bauverbots und nachdem das streitige opus immittelst bereits vollständig ausgeführt worden ist, die von Klägern unternommene novi operis nunciatio sich erledigt hat, und daß über die Entfernung oder Zerstörung des ausgeführten Bauwerks, welche Kläger nunmehr beantragt hat, dem prozessualischen Stande der Sache zufolge in gegenwärtigem Rechtsstreite selbst dann nicht entschieden werden könnte, wenn die versuchte Bescheinigung des behaupteten Verbietungsrechts ein für Klägern günstiges Resultat geliefert haben sollte. Denn die novi operis nunciatio bezweckt nur die einstweilige Sicherstellung des Nuncianten gegen die aus dem beabsichtigten opus novum zu besorgenden Nachtheile und kann daher in Bezug auf ein bereits fertig vorhandenes opus, das in seiner äußeren Erscheinung als vollendeter, definitiver Zustand sich manifestirt, nur dann Wirkung äußern, wenn dieser Zustand in offenbar widerrechtlicher Weise, nämlich nach dem Erlasse des richterlichen Bauverbots, welches nach heutigem Rechte an die Stelle der Privatnunciation tritt,

Curtius, Handb. Bd. III. §. 1216.

Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. VIII., S. 84 fg.

---

*) Kläger hatte ein Bauverbot ausgebracht, welches in zweiter und dritter Instanz wegen Mangels der Bescheinigung aufgehoben wurde. Jedoch ordnete das OAG. die vom Kläger erbetene Abhörung von Bescheinigungszeugen an. Letztere erfolgte, allein Beklagter hatte immittelst den Bau vollendet. Als nun Kläger anderweit Aufrechthaltung des Verbots, resp. Zerstörung des Bauwerks beantragte und es zu Inrotulation der Acten Behufs Verspruchs über den Streitpunkt gekommen, wurde Klägers Suchen i. d. a. M. abgewiesen, was in II^da und III^ia Bestätigung fand. — Im Uebrigen ist über die novi operis nunciatio zu vergleichen: Annalen Bd. IV., S. 399 und Bd. V., S. 487.

Digitized by Google

herbeigeführt worden ist. Der zuletzt gedachte Fall liegt hier nicht vor, da das in erster Instanz erlassene Verbot, wie schon erwähnt, ausdrücklich wieder aufgehoben, ein anderweites derartiges Verbot aber seitdem nicht ergangen ist, und daß von der Anwendung des interdicti quod vi aut clam, welches im römischen Rechte in Bezug auf eine gegen den außergerichtlichen Widerspruch des Beeinträchtigten unternommene, wenn auch bereits ausgeführte Veränderung am Grund und Boden gegeben war,

l. 1 pr. §. 1 sq. D. quod vi aut clam (43. 24.)

Schweppe, Privatr. Bd. III., §. 571.

nach heutigem Rechte nicht mehr die Rede sein kann, bedarf in Hinblick auf die Grundprincipien des gerichtlichen Verfahrens keiner ausführlichen Darlegung. Der bloße Widerspruch eines Dritten kann eine am Grund und Boden durch Zerstörung oder Herstellung unternommene Veränderung nicht ohne Weiteres zu einer widerrechtlichen Handlung machen und ebensowenig ein mit der Execution, der Beseitigung des vorhandenen Zustandes, beginnendes Rechtsverfahren begründen. Zu Erreichung dieses Erfolges hat der Betheiligte den geordneten Rechtsweg zu betreten.

34.

Die Alimentationsklage einer Ehefrau, welche außerehelich geboren hat, ist zulässig, wenn sie mit dem Kinde sich nicht in dem Haushalte des Ehemannes aufhält.

II. Sen.-Erk. v. 4. Decbr. 1862 nq. 807/814.

Der Anspruch unehelicher Kinder gegen ihren Vater auf Gewährung des Lebensunterhalts steht nach der Natur der Sache zunächst den Kindern selbst und ihren rechtlichen Vertretern zu. Allein die Gesetze gestehen auch den Müttern solcher Kinder das gleiche Klagrecht zu, von der Voraussetzung ausgehend, daß die Mutter, ihrer moralischen Verpflichtung zur Erhaltung ihres Kindes nachkommend, den für den Unterhalt des Kindes erforderlichen Aufwand bestreiten und dadurch ihren Schwängerer von dem Anspruche des Kindes gegen ihn insoweit liberirt haben oder beziehentlich liberiren werde. Es ist nun die Vermuthung, daß die Mutter für Erhaltung ihres Kindes

Digitized by Google

sorgen werde, nur eine factische, die ihre Wirkung verlieren muß, sobald entweder ein Nachweis des Gegentheils geliefert wird, oder solche Umstände eintreten, welche eine entgegengesetzte factische Vermuthung rechtfertigen. Ein Fall dieser letzteren Art liegt vor, wenn die Mutter des außerehelichen Kindes eine Ehefrau ist, als solche im Hausstande ihres Ehemannes ihren Lebensunterhalt empfängt und ihr außereheliches Kind bei sich erzieht. Allein der Schwerpunkt für die Verpflichtung ist hier nicht in der Eigenschaft als Ehefrau, sondern in ihrem Aufenthalte in der Haushaltung des Ehemannes zu suchen, denn dieser Aufenthalt ist die nothwendige Voraussetzung für die Vermuthung, daß sie und mit ihr ihr außereheliches Kind vom ehemännlichen Hausstande erhalten werde. Auf dieser Erwägung beruhen die in den Annalen des OAG.'s Bd. I., S. 355 angezogenen Entscheidungen. Wo aber, wie im vorliegenden Falle, die Mutter des außerehelichen Kindes mit diesem in der Haushaltung des Ehemannes sich nicht aufhält, das Kind also in dieser Haushaltung seinen Unterhalt nicht empfängt, da fallen die Unterlagen hinweg, auf welche sich die Vermuthung gründen muß, daß die außereheliche Mutter das Kind, das sie erhält, aus anderen als ihren eigenen Mitteln erhalte, vielmehr steht unter solchen Verhältnissen eine außerehelich geschwängerte Ehefrau jeder anderen außerehelich entbundenen ledigen Frauensperson vollkommen gleich und es kann ihr so wenig als dieser letzteren ein selbstständiges Klagrecht gegen den Vater des Kindes abgesprochen werden.

Mit Rücksicht hierauf waren die Entscheidungen der vorigen Instanzen (BG. und AG. Dresden) zu bestätigen und ist nur noch zu des Beklagten vierter Beschwerde zu bemerken, daß es ihm unbenommen sein wird, dafern später die Verhältnisse der Klägerin und ihres Kindes eine derartige Veränderung erfahren sollten, daß die Voraussetzungen wegfielen, unter welchen Klägerin dermalen für klagberechtigt zu achten gewesen, behufs seiner Sicherstellung gegen Verfolgung des nämlichen Anspruchs von anderer Seite bei der obervormundschaftlichen Behörde des Kindes geeignete Anträge zu stellen.

Digitized by Google

35.

Daß die außereheliche Mutter einen Anderen als den Schwängerer im Kirchenbuche als Vater eintragen lassen, oder daß der Ehemann ein während der Dauer der Ehe in Folge Ehebruchs oder vor der Ehe begangener Unzucht geborenes Kind im Kirchenbuche als eheliches zu bezeichnen gestattet, steht der Klage gegen den Schwängerer nicht entgegen.

II. Sen.-Erk. v. 27. Nov. 1862 no. 841/787.

Schon im Jahre 1844 hat das OAG., nachdem bis dahin hierunter nicht immer gleiche Ansichten befolgt worden waren, aus Anlaß der damals zur Entscheidung vorgelegenen Rechtssache der W. gegen M. durch Conclusum den Rechtssatz angenommen, daß der Alimentationsklage der Mutter eines unehelichen Kindes es nicht entgegenstehe, wenn sie, die Mutter, vor Gericht, oder dem Kirchenbuchführer gegenüber zum Behufe der Eintragung in das Kirchenbuch, eine andere als die nachher in Anspruch genommene Mannsperson als ihren Schwängerer und als den Vater ihres Kindes angegeben hatte, daß es daher der Einschaltung einer, zur Elidirung jener Angabe geeigneten Replik nicht bedürfe. Das OAG. hat auch seitdem an diesem Satze constant festgehalten, ja es hat sogar in solchen Fällen, in denen die Mutter des Kindes eine Ehefrau und das Kind während der Ehe erzeugt und geboren war und der Ehemann dasselbe als ein eheliches in das Kirchenbuch hatte eintragen lassen, diesem letzteren Umstande dem Dritten gegenüber, welcher als der wahre Vater nachher vom Ehemanne auf Alimente belangt wurde, ein Gewicht nicht beigelegt, daher die Klage aufrecht erhalten, wenn ihr auch nach der gedachten Richtung hin eine Replik nicht inserirt war.

Wochenbl. für merkw. Rechtsf. Jahrg. 1854, S. 312 fg.

Zeitschr. für Rechtspfl. und Verw. N. F. Bd. XIII. Nr. 126, S. 352 fg.

Digitized by Google

36.

Das vor, nicht aber das nach dem Ehebruche der Adultera vom Adulter gegebene Ausstattungsversprechen enthält eine turpitudo.

II. Sen.-Erk. v. 27. Nov. 1862 no. 841/787.

Die Ansicht des Beklagten, als ob die Klage wegen einer dem in ihr behaupteten Ausstattungsversprechen zum Grunde liegenden turpitudo und weil ein quaestus inhonestus in Frage stehe, in der angebrachten Maße zu verwerfen gewesen sei, hat schon im vorigen Urthel unter 1 ausführliche Widerlegung gefunden. Das Versprechen eines Ehemannes, die Frauensperson, welche mit ihm ehebrecherischen Umgang gepflogen und in dessen Folge schwanger worden, auszustatten, ist an sich etwas Unsittliches oder Unanständiges nicht. Vielmehr erscheint es lobenswerth und mit den Principien der Moral vollkommen vereinbar, wenn in einem solchen Falle der Stuprator, gegen welchen der Stuprata, wenn sie wußte, daß er verheirathet sei, und sich ihm doch Preis gab, ein gesetzlicher Anspruch auf Dotation allerdings nicht zusteht, ihr später mit Rücksicht auf die eingetretenen nachtheiligen Folgen des begangenen Fehltritts eine Entschädigung zusagt.

Etwas ganz Anderes ist es, wenn Jemandem etwas gegeben oder versprochen wird, um dadurch einen den Grundsätzen der Moral und des Rechtes zuwiderlaufenden Zweck erst noch zu erreichen, wie dies der Fall sein würde, wenn der Beklagte der Klägerin eine Ausstattung und dergl. für den Fall versprochen hätte, wenn sie sich ihm hingeben würde. In diesem Falle würde die Klägerin auf Erfüllung des Versprechens allerdings nicht haben klagen können, denn dann wäre dasselbe zur Erreichung eines erst noch herbeizuführenden unsittlichen und unehrenhaften Zweckes gegeben, die Ausstattung wäre als Belohnung für ein erst noch einzugehendes ehebrecherisches, also unsittliches und verbrecherisches Verhältniß versprochen gewesen, und es würde mithin wirklich um einen quaestus inhonestus sich handeln. Ein solcher Fall liegt aber eben hier nicht vor.

Digitized by Google

37.

Zur Lehre von der Schenkung unter Ehegatten. — Donationes honoris causa.

II. Sen.-Erk. v. 16. Octbr. 1862 no. 703/685.

Gegen den Anspruch auf Restitution des (ihm von der dermalen von ihm geschiedenen Klägerin inferirten) Landrentenbriefes no. 5889 hat der Beklagte eingewendet, daß er dieses Werthpapier während der Ehe mit Genehmigung und auf Zureden der Klägerin verkauft und den Erlös zu Bezahlung von Schulden und nach Höhe von 100 Thlr. zu Bestreitung der Kosten für seine Doctorpromotion verwendet habe ꝛc.

Man würde daraus, daß die Klägerin den Verkauf des erwähnten Landrentenbriefs genehmigt und sogar selbst in Anregung gebracht haben soll, noch nicht folgern müssen, daß sie dem Beklagten einen Theil ihres Vermögens zur Bezahlung seiner Schulden unentgeldlich habe überlassen, also schenken wollen. Es könnte vielmehr die Absicht der Betheiligten auch dahin gegangen sein, daß der Beklagte das erwähnte Papier verkaufen und den Ertrag mit Vorbehalt künftiger Restitution zur Bezahlung von Schulden und anderen ihm obliegenden Ausgaben benutzen solle. Hat aber die Klägerin gleich Anfangs, oder, wie Bl. behauptet worden ist, zu einer späteren Zeit unter Beklagtens Acceptation auf die Restitution verzichtet, so würde man in dieser Verzichtleistung, so weit dieselbe den Ersatz dessen betrifft, was der Beklagte zur Bezahlung seiner Passiven oder sonst in seinen Nutzen verwendet hat, eine mit Bereicherung des Beklagten verbundene Schenkung unter Ehegatten zu erblicken haben, welche infolge der später eingetretenen Ehetrennung völlig ungültig und unwirksam sein würde. Der Einwand des Beklagten, daß eine Schenkung unter Ehegatten erst dann ungültig werde, wenn der Schenkgeber dieselbe bei seinen Lebzeiten widerrufe, und daß sich die Klägerin auf einen solchen Widerruf nicht bezogen habe, ist unerheblich und beruht auf einer irrigen Auffassung der über die Schenkung unter Ehegatten bestehenden und insoweit auch in Sachsen noch geltenden gemeinrechtlichen Vorschriften. Das nach den strengeren Grundsätzen des älteren

Digitized by Google

römischen Rechtes unbedingte Verbot solcher Schenkungen unter Ehegatten, wodurch das Vermögen des Schenkers vermindert und das Vermögen des Beschenkten vermehrt würde, ist durch einen späteren (unter Septimius Severus und Antoninus Caracalla erfolgten) Senatsschluß nur insoweit gemildert worden, daß die nach älterem Rechte unter Ehegatten verbotenen Schenkungen convalesciren, also gültig und wirksam werden, wenn der Schenker während der Ehe aber vor dem Beschenkten verstorben ist, ohne die Schenkung widerrufen zu haben.

l. 1, l. 3 pr., l. 32 §. 10 D. de donat. inter virum et ux. (24. 1.)

l. 18 C. de donat. inter vir. et uxor. etc. (5. 16.)

Glück, Commentar §§. 1254, 1254c, 1254d Bd. XXVI., S. 87 fg., 139, 150 fg.

v. Savigny, System d. heutigen röm. Rechtes Bd. IV. §. 164, S. 183.

v. Keller, Pandecten §. 405, S. 751.

Müller, Institutionen §. 163, S. 609.

Curtius, Civilrecht §§. 129, 130.

Es kann also der von dem Beklagten vermißte Widerruf überhaupt nur in dem Falle in Betracht gelangen, wenn der Schenker während der Ehe und vor dem Beschenkten verstorben ist, und die Ungültigkeit der Schenkung von den Erben des Schenkers gegen den Beschenkten geltend gemacht werden soll. Ist dagegen, wie im vorliegenden Falle, die Ehe nicht durch den Tod, sondern durch richterlichen Ausspruch getrennt worden, so wirkt nunmehr die Nichtigkeit der Schenkung in aller Strenge des älteren Rechtes, ohne daß es dazu noch eines besonderen Widerrufes bedürfe.

l. 32 §. 10—13, l. 62 §. 1 D. h. t.

Glück, a. a. O. §. 1254c.

v. Savigny, a. a. O., S. 183.

Es ist auch in prozessualischer Beziehung nicht einmal erforderlich, daß der Schenker sich auf die Ungültigkeit der Schenkung ausdrücklich beziehe, weil der erkennende Richter ein gesetzlich unwirksames Rechtsgeschäft schon von Amtshalber nicht als ein gültiges behandeln darf.

Digitized by Google

Im Wesentlichen dasselbe gilt auch bei denjenigen 100 Thlrn., mit welchen der Beklagte auf Zureden der Klägerin die Kosten seiner Promotion zum Doctor der Medicin bestritten haben will. Zwar könnte man hierbei die Frage stellen, ob die Bestimmungen des römischen Rechtes,

l. 40—42 D. h. t.

nach denen eine Schenkung der Frau an den Mann, damit dieser gewisse Ehrenämter, z. B. den Census der Senatoren oder Ritter erlange, oder die mit gewissen Magistraturen verbundenen Kosten bestreite, in jetzigen Zeiten überhaupt und insbesondere auf den vorliegenden Fall anwendbar seien? Allein diese Frage müßte jedenfalls verneint werden. Die erwähnten Bestimmungen beruhen auf dem allgemeinen Principe, daß nur solche Zuwendungen unter Ehegatten, wodurch der Beschenkte aus dem Vermögen des Schenkers bereichert wird, als eigentliche donationes, auf welche sich das Verbot des älteren Rechtes bezog, zu betrachten seien,

l. 5 §. 8 und 16 D. h. t.

andere Zuwendungen aber, welche zumeist aus besonderen Anlässen erfolgen, und wenigstens nach den Begriffen der römischen Juristen keine Bereicherung des Beschenkten zur Folge haben (munera), schon nach älterem Rechte von diesem Verbote nicht betroffen würden.

Glück, Commentar §. 1253 Bd. 25, S. 427.

Die Anwendung dieses Princips auf die s. g. donationes honoris causa erklärt sich aber durch die eigenthümlichen Verhältnisse der damaligen Zeit und den Aufwand, der mit der Erwerbung und Führung der gedachten Ehrenämter verbunden war, ohne dem Inhaber derselben eine eigentliche Bereicherung zu verschaffen.

l. 21 C. h. t.

> cum haec ad dignitatem profuerint, nec locupletior sit factus.

Glück, Commentar §. 1253b Bd. 26, S. 13 fg.

Bei der gänzlichen Veränderung dieser Verhältnisse sind auch jene Vorschriften gegenwärtig nicht mehr als practisch anzusehen,

Sintenis, Civilrecht §. 135, N. 14.

Digitized by Google

und demgemäß auch in dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen unberücksichtigt geblieben.

Vergl. die speciellen Motiven zu §. 1678 fg.

Namentlich passen dieselben nicht auf die Erlangung der medicinischen Doctorwürde, da mit dieser nach der sächsischen Gesetzgebung Befugnisse verbunden waren, welche die Erwerbsfähigkeit und somit das pecuniäre Interesse des Promovirten befördern konnten.

38.

Nach sächsischem Dotalrechte ist auch die Ehefrau zu Verfolgung eines dem Ehemanne gegebenen Mitgiftsversprechens berechtigt.

II. Sen.-Erk. v. 20. Novbr. 1862 no. 791/778.

Beklagter bestreitet das Befugniß seiner Tochter, der Klägerin, auf Erfüllung des von ihm Inhalts der Klage angeblich ihrem Ehemanne A. geleisteten Mitgiftversprechens zu klagen, weil nach l. 5 C. de dot. promiss. (5. 11.) eine dem Ehemanne versprochene Mitgift nur von diesem selbst, nicht aber auch von der Ehefrau eingeklagt werden könne. Nun bestimmt zwar die angezogene Gesetzesstelle: „Si pater marito tuo stipulanti promisserit dotem non tibi, sed marito contra successores soceri competit actio.“ Diese Vorschrift ist jedoch, so weit sie der Ehefrau das Klagrecht gänzlich entzieht, mit dem sächsischen Dotalrechte, wie sich dasselbe auf Grund einheimischer Rechtsquellen ausgebildet hat, nicht zu vereinigen.

Nach römischem Rechte enthält die Bestellung einer Mitgift eine vollständige Rechtsübertragung an den Ehemann dergestalt, daß die dos einen Bestandtheil seines Vermögens bildet, die als dos gegebenen Sachen in sein Eigenthum übergehen, der Ehemann in Ansehung derselben die rei vindicatio und andere dem Eigenthümer zustehende Klagen hat und die Dotalsachen als Eigenthum benutzt.

Löhr, wer ist Eigenthümer der dos, in dessen Magazin Bd. IV., S. 57 fg.

Unterholzner, Schuldverhältnisse Bd. II. §. 540, S. 414 fg.

Arndts, Pandecten §. 401.

Digitized by Google

Da nun durch die dotis promissio die dos selbst constituirt wird, so ist nach römischem Rechte der Ehemann, welcher Eigenthümer der Dotalsachen werden soll, als derjenige anzusehen, welcher die dos einzuklagen berechtigt ist, wogegen der Ehefrau ein Klagrecht nur ausnahmsweise in dem Falle eingeräumt wird, wenn ihr ein Heirathsgut durch Vermächtniß ausgesetzt und der Ehemann in dem Testamente nicht ausdrücklich bevollmächtigt worden ist, das Vermächtniß einzuheben.

l. 48 §. 1 D. de jure dot. (23. 3.)
l. 69 §. 2 D. de legatis I. (30.)
l. 71 §. 3 D. de condit. et demonstr. (35. 1.)
Heimbach, im Rechtslexicon Bd. II., S. 414 fg.
Hasse, das Güterrecht der Ehegatten, S. 320 fg.

Dagegen beruhen die Befugnisse des Ehemannes am eheweiblichen Vermögen in den sächsischen Landen nicht auf dem dominio dotis des römischen Rechtes, sondern auf der aus den Bestimmungen des Sachsenspiegels Buch 1, Art. 31 und 45 und Buch 3, Art. 45 abzuleitenden ehelichen Vormundschaft, vermöge welcher das gesammte Vermögen der Ehefrau, so weit es nicht ausdrücklich von Letzterer der Verfügung des Ehemannes entzogen und ihrer Disposition vorbehalten worden, der Verwaltung und dem Nießbrauche des Ehemannes unterworfen ist. Dieses Verhältniß hat jedoch auf die Proprietät der eheweiblichen Güter keinen Einfluß, indem die Ehefrau als Eigenthümerin ihres Vermögens ohne Unterschied, ob es in Dotal- oder Paraphernalgut besteht, anzusehen ist, und von Geschäften, welche dasselbe betreffen, nicht ausgeschlossen werden kann.

Berger, diss. de discrim. bonorum uxoris §. 16.
Haubold, Privatrecht §. 70 und 75.
Gerber, deutsch. Privatr. §. 231 not. 7.

Es gehen daher die sächsischen Gesetze in Betreff der Rechtsgeschäfte und Prozesse, welche die Substanz des Einbringens betreffen und vom Ehemann kraft der ehelichen Vormundschaft besorgt werden, von der Voraussetzung aus, daß die Ehefrau als der eigentlich handelnde Theil zu betrachten ist, weshalb der Ehemann in Prozessen der Ehefrau, ungeachtet des ihm sonst zustehenden mandatum praesumtum weder Hauptvergleiche abschließen, noch Gelder in Empfang

Digitized by Google

nehmen und darüber quittiren darf, ohne die Einwilligung oder die Vollmacht der Ehefrau beizubringen.

Alte Proz.-Ordn. tit. VII. §. 2, Erl. Pr.-O. ad tit. VII. §. 3.

Mandat vom 7. Juni 1821 (Ges.-S. S. 75.)

Krug, in der Zeitschr. für Rechtspfl. u. Verw. Bd. III., S. 297 fg.

Aus diesen Gründen läßt sich nicht bezweifeln, daß die Ehefrau nach neuerem Rechte befugt ist, mit Zustimmung ihres Ehemannes auf Erfüllung eines Dotalversprechens und zwar ohne Unterschied, ob dasselbe gegen sie unmittelbar oder gegen ihren Ehemann abgegeben worden ist, zu klagen.

Hänsel, Excurse zu Curtius Handb. Th. I., S. 159.

Wenn außerdem der Ehemann zufolge einer allgemein anerkannten Praxis dasselbe Klagbefugniß selbstständig geltend machen kann, so liegt der Grund darin, daß theils der Ehemann kraft der ihm gesetzlich zustehenden Vormundschaft berechtigt ist, von dem Vermögen der Ehefrau, so weit es nicht in Receptitiengut besteht, selbst wider deren Willen Besitz zu ergreifen, um seine Verwaltungs- und Nutzungsrechte daran auszuüben,

Heimbach, Erörterungen Thl. I., S. 414 fg.

theils die Bestellung einer dos Seiten eines Dritten den doppelten Zweck verfolgt, einmal nämlich der Ehefrau schenkungsweise einen Vermögenstheil eigenthümlich zuzuwenden, dann aber auch dem Ehemanne, welchem die Nutzungen dieses Vermögenstheils zufallen, die Bestreitung der ehelichen Lasten zu erleichtern. Mit Rücksicht auf den zuletzt gedachten Zweck erscheint die Bestellung der dos als ein selbstständiger Grund (causa), dessen Vorhandensein hinreicht, um für den Ehemann als Gläubiger ein Klagrecht zu begründen.

Heimbach, im Rechtslexicon Bd. II., S. 400.

39.

Ist der Verjährungserwerb einer Fahrwegsgerechtigkeit bewiesen, so folgt daraus nicht ohne Weiteres das Recht des actus. — Quantum possessum tantum praescriptum.

II. Sen.-Erk. v. 27. Nov. 1862 no. 797/788.

Der Ansicht des Klägers, daß es eines besonderen Beweises für die Berechtigung zum Treiben seines Vieh's über das Grundstück der

Digitized by Google

Beklagten Nr. 1594 überhaupt nicht bedurft habe, weil das Bestehen einer via bewiesen, in dieser aber nach römischem Rechte auch der actus und das iter mit inbegriffen seien, konnte nicht beigestimmt werden. Abgesehen davon, ob die technische Bedeutung, welche dem Worte via bei Servituten von den römischen Juristen beigelegt worden ist, so ohne weiteres für die deutschen Ausdrücke „Fahrweg oder Fahrwegsgerechtigkeit" vindicirt werden könne, kann auch die Frage, was unter diesen Ausdrücken zu verstehen sei, überhaupt nur in solchen Fällen entstehen, wo sich der Erwerb der Servitut auf eine Privatwillenserklärung oder eine richterliche Verfügung gründet und dem Besitzer eines Grundstückes die Fahrwegsgerechtigkeit ohne nähere Bestimmung ihres Umfanges bestellt worden.

Bei der Entstehung einer Servitut durch Verjährung ist ausschließlich der Grundsatz quantum possessum tantum praescriptum maßgebend, es richtet sich also bei dieser der Umfang des Rechtes, nach dem Umfange, in welchem dasselbe während der Verjährungszeit factisch ausgeübt worden ist. Nun ist dies zwar nicht so zu verstehen, als wenn bei der Ausübung einer Servitut zum Zwecke der Bewirthschaftung des herrschenden Grundstückes für alle die einzelnen Fälle, in denen sich der Gebrauch derselben nach der natürlichen Beschaffenheit des Grundstückes denken läßt, besondere Besitzacte nachgewiesen werden müßten, und so ist namentlich auch bei dem Erwerbe einer Fahrwegsgerechtigkeit nicht erforderlich, daß dieser Beweis auf jede einzelne Gattung von Fuhrwerk oder Fuhrwesen ausgedehnt werde; allein die Berechtigung, Vieh über fremden Grund und Boden zu treiben, um dasselbe auf dem fundus dominans hüten zu lassen, ist auch nach der Auffassung der römischen Juristen ein besonderes, an sich von dem Rechte, die zur gewöhnlichen Bewirthschaftung eines bestimmten Grundstückes nöthigen Fuhren über fremden Grund und Boden zu verrichten, verschiedenes mit einer vermehrten Belästigung des letzteren verbundenes Befugniß, bei dem also im Falle der erwerbenden Verjährung auch besondere Ausübungshandlungen beigebracht werden müssen.

Digitized by Google

40.

Verzugszinsen von Illaten können im Concurse nur insoweit locirt werden, als sie rechtzeitig gefordert sind.

II. Sen.-Erk. v. 12. Decbr. 1862 no. 862/835.

Weder die Erl. Proz.-Ordn. ad Tit. XLVI. §. 3 schreibt vor, daß dem Gläubiger, dessen Forderung mit einem auf den Hauptstamm nicht restringirten Pfandrechte versehen ist, stets und unter allen Umständen Zinsen in gleichem Range mit der Hauptforderung zugebilligt werden müssen, noch spricht das Mandat vom 4. Juni 1829 §. 18 aus, daß es den mit persönlichem Verzugsrechte versehenen Gläubigern gegenüber in gleicher Maße und ohne Unterschied des Falles zu halten sei. Beide gesetzliche Dispositionen, indem sie im Allgemeinen die Zinsen gleichen Rechtes mit dem Capitale theilhaftig machen, setzen dabei als selbstverständlich die Existenz eines Anspruchs auf diese Zinsen voraus, wie dies das zuletzt gedachte Mandat' zum Ueberfluß in den Worten „die ihnen zukommenden Zinsen", d. h. wenn und so weit ihnen solche zukommen, klar und unzweideutig ausspricht. Nun ist es aber für sich klar, daß Zinsen des Verzugs der Klägerin als ihr zukommend oder gebührend nicht haben zugesprochen werden können, wenn sie, wie geschehen, dergleichen nicht gefordert hat.

Digitized by Google

IV.

Zu §. 27 der Civilprozeßnovelle vom 30. Decbr. 1861.

Von Herrn Oberappellationsrath, Ritter ꝛc. Siegmann.

Im zweiten Theile meiner Abhandlung über die Civilprozeßnovelle vom 30. December 1861 (Bd. 5, S. 529 dieser Annalen) habe ich unter andern auch, zu §. 27 dieses Gesetzes, die Frage besprochen, ob der Erwerber eines vermietheten Grundstückes, welcher nicht durch Vertrag in die bestehenden Miethverhältnisse eingetreten sei und die Räumung der Miethlocale nur auf Grund seines Eigenthums an diesem Grundstücke verlange, von dem in §. 27 der Novelle eingeführten kurzen Exmissionsprozesse Gebrauch machen dürfe? Ich habe diese Frage, was die Regel betrifft, verneint, eine Ausnahme davon aber in Bezug auf die Stadt Dresden, mit Rücksicht auf das Verhältniß statuirt, welches nach dem hier bestehenden Miethregulative vom 1. November 1845*) zwischen dem Erwerber und dem bisherigen Miethbewohner eintreten kann.

Ein Aufsatz im neuesten Hefte der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung (Bd. 24 Heft 2, S. 97) aus der Hand

*) Bei dem Seite 558 zu lesenden Citat ist in der Jahreszahl 1846 ein Schreibfehler untergelaufen. Das neue Miethregulativ datirt vom 1. November 1845 und ist unterm 16. Mai 1847 bestätigt worden.

Digitized by Google

des Professor Dr. Nissen in Leipzig, welcher sich gegen meine Auslegung des gedachten Miethregulativs und die hiermit im Zusammenhange stehende Berechtigung des Erwerbers, den novellenmäßigen Exmissionsprozeß gegen den bisherigen Abmiether anzustellen, erklärt hat, giebt mir Veranlassung, auf diesen Theil meines früheren Aufsatzes zurückzukommen und die Gründe ausführlicher zu entwickeln, welche für meine und gegen die Ansicht Nissens sprechen.

I.

Ich stimme Nissen darin bei, daß es nach dem klaren Wortlaute der Novelle §. 27 bei der Zulässigkeit des kurzen Exmissionsprozesses nicht auf die objective Beschaffenheit des zu räumenden Locales (als ein solches, wie sie ge- und vermiethet zu werden pflegen), sondern auf das Rechtsverhältniß der Parteien ankomme, daß also nur da, wo ein Miethverhältniß vorhanden ist und die Räumung des fraglichen Locales infolge dieses Verhältnisses gefordert wird, der Exmissionsprozeß der Novelle statthaft erscheine. Es ist auch anzunehmen, daß Nissen ebenfalls kein Gewicht darauf legen wird, ob die Parteien von Anfang an in diesem Miethverhältnisse zu einander gestanden haben, oder ob der Kläger erst späterhin in dasselbe eingetreten ist, wenn nur überhaupt ein Miethverhältniß zwischen ihnen besteht und auf Grund des letzteren auf Räumung geklagt wird. Wenn ich, ohnerachtet der Uebereinstimmung in diesen principiellen Sätzen, rücksichtlich des als Ausnahme von mir bezeichneten Falles zu einer andern Ansicht gekommen bin, so liegt das nicht etwa darin, als ob ich dem Dresdner Miethregulative irgend einen Einfluß auf die Auslegung und Anwendung eines Prozeßgesetzes beilegen wollte, das ohnedies erst viel später erschienen ist, sondern lediglich darin, daß nach meiner Ansicht zufolge der Bestimmungen in §. 13 des Miethregulatives zwischen dem Erwerber eines vermietheten Grundstückes und dem Miether, auch ohne Dazwischenkunft einer sonstigen Rechtshandlung, ein Miethverhältniß eintritt, wenn der Miether die ermietheten Locale bis

Digitized by Google

zum Ablauf der regulativmäßigen Kündigungsfrist behalten und benutzen will. So habe ich die Worte S. 559 m. Abhl., „daß der neue Besitzer als Vermiether eintritt und nach Eintritt dieser Kündigung und nach Ablauf der in §. 13 festgesetzten Frist den in §. 27 der Novelle eingeführten kurzen Miethprozeß wegen Räumung des Miethlocals als Vermiether anstellen könne", verstanden. Sollte es ja nöthig sein, so möge dies zur Erläuterung dieser Stelle dienen.

Es muß also zunächst auf die Bestimmungen unseres Miethregulativs zurückgegangen werden. Der §. 13*) lautet: „Die Anwendung des Rechtsgrundsatzes „Kauf bricht Miethe" findet in allen Fällen sowohl freiwilliger als nothwendiger Veräußerung eines vermietheten Grundstückes nur in der Maße statt, daß der Abmiether, nachdem ihm von dem neuen Besitzer des Grundstückes in dem auf die erfolgte gerichtliche Zuschreibung, beziehentlich Adjudication des letzteren zunächst eingetretenen vierteljährigen Kündigungstermine (§. 5) die Miethe gekündigt worden, mit Ablauf des nächsten Kalendervierteljahres, und wenn der Ablauf des nächsten Kalendervierteljahres auf den 30. Junius oder 31. December fallen würde, bei Wohnungen und sonstigen Miethräumen zu fünfzig Thaler jährlichem Miethzins oder darüber, mit Ablauf des nächsten Kalenderhalbjahres**) das Grundstück zu räumen gehalten ist."

Nissen sagt S. 108, daß sich das Regulativ keiner sehr sorgsam gewählten Form bedient und vielleicht auch einer Vermengung der Kündigung und des Räumungsgebots sich schuldig gemacht habe; er erkennt damit an, daß man seine Zuflucht

*) Ich wiederhole ihn der besseren Uebersicht wegen wörtlich. Die Miethkündigungstermine sind nach §. 5 der 31. März, der 30. Junius, der 30. September, der 31. December.

**) Bei Wohnungen und sonstigen Miethräumen zu den hier bemerkten Preisen tritt nämlich nach §. 5 der Miethwechsel regelmäßig nur in den Terminen des 1. April und 1. October und die Miethkündigung demnach nur in den Terminen des 31. März und 30. September ein.

Digitized by Google

zur Interpretation nehmen muß, er findet aber in dieser Sorglosigkeit der Form und dem Mangel einer präcisen Ausdrucksweise kein erhebliches Bedenken und interpretirt den §. 13 so, daß nach seiner Auffassung demselben wenigstens der Vorwurf der Unvollständigkeit nicht gemacht werden kann. Mit Recht bemerkt Nissen, daß sich die Interpretation an die verba dispositiva wenden müsse; wenn aber der dispositive Theil des §. 13, S. 103 folgendermaßen: der Abmiether ist zu Räumung des Grundstückes nur in der Maße gehalten, daß ꝛc. — wiederzugeben und wenn bei dieser Paraphrase nur eine sehr untergeordnete, lediglich die Frage, auf welche Weise der Abmiether von dem Eigenthümer ausgetrieben werden dürfe, betreffende Bestimmung im Regulative zu finden sein soll, so sind dabei die Anfangsworte „die Anwendung des Rechtsgrundsatzes: Kauf bricht Miethe" ꝛc. zu sehr betont und der Zusammenhang, in welchem dieselben mit den nächstfolgenden Sätzen stehen, ist nicht genug gewürdigt worden. Nach meinem Erachten beginnt der eigentliche dispositive Theil des Paragraphen mit den Worten „nur in der Maße statt, daß ꝛc. weil diese dasjenige Verhältniß zu bezeichnen bestimmt sind, welches in Folge der Veräußerung zwischen dem Erwerber und dem Abmiether eintreten soll. Nach der Beschaffenheit dieses Verhältnisses ist zu bestimmen, ob der im Eingange des Regulatives erwähnte Rechtsgrundsatz selbst aufgehoben, abgeändert oder nur in einer untergeordneten Beziehung modificirt worden ist.

Gesetzt, die Verfasser des Regulatives hätten sich etwas anders ausgedrückt und an der so eben bezeichneten Stelle, wie durch Veränderung oder Einschiebung weniger Worte leicht geschehen konnte, geradezu ausgesprochen, daß der Erwerber des vermietheten Grundstückes die Miethverträge seines Vorbesitzers in der §. 13 beschriebenen Maße fortzusetzen verbunden sei, — so würden selbst die, welche, wie Nissen, eine Aenderung dieser Art mit einem Fortbestehen des Grundsatzes: Kauf bricht Miethe, für unvereinbar halten, sich bei der Auslegung des Regulatives

Digitized by Google

dem klaren Wortlaute des dispositiven Theiles nicht entziehen können und, da nöthig, zu der Annahme ihre Zuflucht nehmen müssen, daß die Verfasser bei den einleitenden Worten „die Anwendung des Rechtsgrundsatzes Kauf bricht Miethe findet" ꝛc. entweder die Bedeutung dieses Rechtsgrundsatzes nicht mit der gehörigen Schärfe aufgefaßt oder sich an dieser Stelle einer sorglosen, der juristischen Präcision entbehrenden Diction bedient hätten. Dasselbe kann aber auch geschehen, wenn sich erweisen läßt, daß auch ohne eine solche allen Zweifel hebende Fassung, die Disposition des §. 13 den Eintritt eines Miethverhältnisses zwischen dem dritten Besitzer und dem Abmiether anordne. Kann sich doch Nissen nicht verhehlen, daß man auch bei seiner Auslegung zu einem ähnlichen Auskunftmittel schreiten und zugeben muß, daß die Verfasser des Regulatives die Ausdrücke „Kündigung" (in §. 13 ist aber von einer Miethkündigung die Rede) und „Räumungsgebot" mit einander verwechselt haben. Ich brauche aber den Verfassern jenen Vorwurf gar nicht zu machen. Denn betrachtet man den §. 13 in seinem ganzen Zusammenhange mit Rücksicht auf die wahre Bedeutung der Parömie: Kauf bricht Miethe, so findet sich in demselben auch bei meiner Interpretation der Widerspruch nicht vor, welcher Nissen zu der Behauptung bestimmt hat, daß eine solche Auslegung „undenkbar" sei. Es ist bekannt, daß das Rechtssprichwort „Kauf bricht Miethe" nicht das ausdrücken soll, was in den Worten „Kauf bricht Miethe" liegt oder doch mindestens darein gelegt werden kann. Man will damit nur den Rechtssatz bezeichnen, daß der dritte Besitzer des vermietheten Grundstückes als solcher an die Miethverträge, welche sein Vorbesitzer in Bezug auf dieses Grundstück abgeschlossen hat, nicht gebunden sei. Es kann gewiß vorausgesetzt werden, daß die Verfasser des Regulatives diese Bedeutung gekannt und berücksichtigt haben, ich darf also unbedenklich, nach Nissens eigenem Vorgange, den §. 13 ebenfalls umschreiben, aber so:

Digitized by Google

„Die Anwendung des Rechtsgrundsatzes, daß der Erwerber eines vermietheten Grundstückes an die Miethverträge seines Vorbesitzers nicht gebunden ist, findet in allen Fällen, sowohl freiwilliger als nothwendiger Veräußerung eines vermietheten Grundstückes nur in der Maße statt, daß der Abmiether, nachdem ihm von dem neuen Besitzer ꝛc. die Miethe gekündigt worden ist ꝛc. zu räumen verbunden ist." Die Worte „die Anwendung findet (sc. künftig) nur in der Maße statt, daß ꝛc." scheinen mir unzweideutig auszudrücken, daß es die Verfasser des Regulatives nicht blos auf eine Erläuterung oder Ergänzung jenes Rechtsgrundsatzes durch Anordnungen, wie bei der Räumung zu verfahren sei, abgesehen hatten. Der Rechtsgrundsatz selbst sollte weder völlig aufgehoben, noch in seiner vollen Wirksamkeit beibehalten, sondern in seiner Anwendung beschränkt werden, und diese Beschränkung konnte darin bestehen, daß der Rechtsregel ihre Wirksamkeit nur noch in Bezug auf die zwischen dem Vorbesitzer und dem Miethmann verabredete oder regulativmäßige Dauer des Miethverhältnisses zugestanden wurde. Auch bei dieser Auslegung kann, ebensowie bei der Auslegung Nissens zugegeben werden, daß eine noch präcisere Redaction allem Zweifel begegnet haben würde. Es liegt aber auch nichts Unlogisches oder Unrichtiges darin, wenn man sagte, was nur mit anderen Worten in §. 13 des Regulatives steht: die Rechtsregel, daß der dritte Besitzer eines Grundstückes an die von seinem Vorbesitzer abgeschlossenen Miethverträge nicht gebunden ist, soll in Zukunft nur noch in beschränkter Weise gelten, es soll nämlich der Erwerber des vermietheten Grundstückes verbunden sein, diese Miethverträge noch eine Zeit lang fortzusetzen, jedoch mit dem Rechte, dieselben alsbald nach Erlangung des Eigenthums am Grundstücke selbstständig und ohne Mitwirkung des Vermiethers zu kündigen.

Auf diese Weise ist das Bedenken zu beseitigen, welches Nissen aus den als eine Warnungstafel von ihm bezeichneten Eingangsworten des §. 13 entlehnt hat, und von denen ich

Digitized by Google

vielmehr glaube, daß sie eines Theils durch die richtige Bedeutung des Rechtssprichworts „Kauf bricht Miethe", andern Theils durch ihre Verbindung mit der folgenden dispositiven Stelle das ihnen beigelegte Gewicht verlieren.

Damit ist indeß die Streitfrage noch nicht erschöpft; es bleibt, wie ich bereits angedeutet habe, immer noch zu untersuchen übrig, ob in der betreffenden Stelle eine solche Anordnung getroffen worden ist, daß, wenn derselben Folge gegeben wird, ein Miethverhältniß zwischen dem dritten Besitzer und dem bisherigen Abmiether eintritt?

Für diese Ansicht hat man sich zunächst darauf zu beziehen, daß nach §. 13 die Verbindlichkeit des Abmiethers zur Räumung der Miethlocalien von einer vorher gegangenen Kündigung des Erwerbers abhängen soll. Es heißt in §. 13 ausdrücklich, daß zu diesem Ende der Erwerber „die Miethe zu kündigen" habe. Daß die Verfasser des Regulatives diesen Ausdruck ohne allen Vorbedacht gebraucht, oder die Begriffe eines Räumungsgebots, einer Aufforderung des Eigenthümers, das Grundstück zu verlassen, mit der Kündigung eines Miethvertrages verwechselt haben sollten, läßt sich bei der bestimmten und allgemein bekannten Bedeutung des Ausdruckes eine Miethe oder einen Miethvertrag künbigen,*) welchen das Regulativ in diesem richtigen Sinne an allen anderen Stellen gebraucht, um so weniger annehmen, als sich die Kündigung, deren sich der Erwerber gegen den Abmiether bedienen soll, in den meisten Beziehungen an die Kündigung anschließt, welche nach §. 5 des Regulatives dem Vermiether zusteht und obliegt.

Daß man dabei nicht an ein Recht des neuen Besitzers einen fremden, ihn gar nichts angehenden Miethvertrag durch seinerseits erfolgte Kündigung aufzuheben, denken darf, braucht

*) Dieser Ausdruck findet sich unter gleichen Verhältnissen auch im bürgerlichen Gesetzbuch, bei dessen Redaction auf die Wahl der juristisch richtigen und bestimmten Ausdrucksweise alle Sorgfalt verwendet worden ist.

Digitized by Google

wohl nicht ausführlicher erörtert zu werden. Eine solche Bestimmung würde in offenbarem Widerspruche mit der Regel stehen, daß Verträge nur die Personen verpflichten und berechtigen, welche dieselben mit einander abgeschlossen haben; sie mußte erst dadurch ermittelt werden, daß man eine Verpflichtung des Erwerbers, den Miethvertrag seines Besitzvorgängers fortzusetzen, anerkannte, und sie wäre rein überflüssig gewesen, hätte man nicht den in der Parömie liegenden Grundsatz in dieser Weise beschränken wollen.

Es lassen sich aber auch die Bestimmungen des Regulatives über die Zeiten und Fristen dieser Kündigung nicht mit einem unbeschränkten Festhalten an diesem Grundsatze und mit der Ansicht vereinigen, daß eine Miethe, einen Miethvertrag kündigen, in §. 13 des Regulatives ebensoviel und nicht mehr heiße, als den Miether zur Räumung der Miethlocale auffordern.

Nach den Grundsätzen des römischen Rechtes, aus welchen die Parömie Kauf bricht Miethe sich gebildet hat, besteht zwischen dem dritten Besitzer und dem bisherigen Miethbewohner an sich kein obligatorisches Verhältniß. Das Recht des ersteren zur Vertreibung des letzteren aus dem erworbenen Grundstücke gründet sich auf das Eigenthum, welches er durch die Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch (vormals die gerichtliche Zuschreibung oder Beleihung) an dem vermietheten Grundstücke erlangt hat und die mit diesem Eigenthum verbundene freie Dispositionsbefugniß. Er kann die Räumung verlangen, weil der bisherige Miether ihm gegenüber ohne Rechtsgrund in dem Grundstücke verweilt. Bei consequenter Durchführung dieses Grundsatzes kann dem Eigenthümer das Recht, die Räumung sofort zu verlangen, nicht abgesprochen, es kann die Verbindlichkeit des Abmiethers nicht, wie gleichwohl in §. 13 geschehen, von einer, noch dazu an gewisse Fristen gebundenen Kündigung abhängig gemacht und dem Abmiether unter allen Umständen noch der Besitz und die Benutzung des fremden Grundstückes während einer das modicum temporis spatium über-

Digitized by Google

schreitenden Zeitraumes verstattet, sondern darf vielmehr dem Abmiether nur so viel Zeit gelassen werden, als er nach Maßgabe der Beschaffenheit des Miethlocales braucht, um seiner Verpflichtung thatsächlich nachzukommen, also den Räumungsact selbst zu vollziehen.

Man wird die Grenzen einer juristischen Consequenz nicht überschreiten, wenn man den dritten Besitzer vermöge des gedachten Grundsatzes nicht für verpflichtet ansieht, dem Abmiether noch eine längere und zwar eine solche Frist zu gewähren, welche nach gewöhnlicher Erfahrung ausreicht, um ohne Schwierigkeiten ein anderes seinen Wünschen und Bedürfnissen, vielleicht auch sogar seinem besonderen Geschmacke entsprechendes Local zu ermitteln. Er würde sich nöthigenfalls mit der interimistischen Beschaffung einer minder geeigneten, den Nothbedarf deckenden Localität begnügen und die Schäden, welche ihm dadurch entstehen können, gegen den vertragswidrig handelnden Vermiether ausführen müssen.

Das ältere Miethregulativ für die Stadt Dresden vom 15. August 1796, bestätigt von der vormaligen Landesregierung unterm 26. desselben Monats und Jahres, enthielt in Bezug auf die Berechtigung des dritten Besitzers gegen die bisherigen Miethbewohner keine Vorschriften. Bei den Behörden hatte sich aber der Gebrauch gebildet, daß den Letzteren, auf Antrag des Ersteren, ohne vorherige Kündigung die Räumung ihrer Miethlocale binnen einer Frist von acht oder vierzehn, zuweilen aber auch nur drei Tagen verwilligt und sodann im Wege des alten s. g. Exmissionprozesses zur Herausseßung derselben verschritten wurde, obschon bereits damals die Meinung, daß es einer vorhergehenden Kündigung von Seiten des neuen Besitzers bedürfe, geltend gemacht worden ist.*)

Hälten sich die Verfasser des neuen Miethregulatives auf die Festsetzung einer billigen Räumungsfrist beschränkt, so würde

*) Hermann, der Miethvertrag ꝛc. §. 83 not. * n.

Digitized by Google

man der Ansicht beipflichten können, daß zwischen dem dritten Besitzer, welcher von dem Rechte zur Expulsion Gebrauch gemacht habe, ohne sich aus freiem Entschluß in ein Miethverhältniß mit dem bisherigen Miethbewohner seines Grundstückes einzulassen, und diesem Mitbewohner gar kein obligatorisches Verhältniß bestehe. Nach den Bestimmungen des neuen Miethregulatives tritt aber zwischen dem dritten Besitzer, welcher die in §. 13 vorgezeichnete Kündigung bewirkt hat und dem Miether, welcher bis zum Ablauf der Kündigungsfrist in den ermietheten Localen verblieben ist, auf die Dauer dieses Zeitraumes*) ein Verhältniß ein, welches nicht blos seine factische, sondern auch seine rechtliche Seite hat und unter gewisse Rechtsregeln subsumirt werden muß. Hier weist uns aber m. E. alles auf die Subsumtion unter die Grundsätze des Miethvertrages, nicht auf die Fiction eines neuen, sondern auf die thatsächliche Fortsetzung des bisherigen Miethverhältnisses hin. Dafür sprechen nicht nur die Bestimmungen des §. 13 über die Nothwendigkeit einer Miethkündigung auf Seiten des dritten Besitzers, welche sich rücksichtlich der Fristen und Zeiten dieser Kündigung dergestalt an die regulativmäßige Kündigung zwischen dem Vermiether und dem Abmiether anschließen, daß der dritte Besitzer dem ersteren insoweit bis auf zwei Punkte**) völlig gleichgestellt ist, sondern auch die Erwägung, daß es doch kaum in der Absicht der Verfasser des Miethregulatives gelegen haben kann, daß während des betreffenden Zeitraumes dem Miether die unentgeldliche Benutzung der ermietheten Räume zustehen solle. Einen Anspruch

*) Derselbe kann sich bei Miethwohnungen zu 50 Thaler Zins oder mehr, auf ziemlich drei Vierteljahre erstrecken.

**) Diese sind die regulativmäßige Dauer der Miethe von einem Jahre, bez. fünf Vierteljahren, an welche die Kündigung des dritten Besitzers nicht gebunden ist und die in gewissen Fällen bei dem dritten Besitzer wegfallende Nothwendigkeit einer vollen halbjährigen Kündigung, beides nur bei Miethräumen, für welche ein jährlicher Zins von 50 Thaler oder darüber gegeben wird, §§. 3, 4, 5 und 13 des Regulatives.

Digitized by Google

des Erwerbers gegen den Miether auf Schadenersatz wegen unbefugter Benutzung des Grundstückes konnten sich dieselben nicht als zulässig vorstellen, weil sie dem Miether das Recht zusprachen, die ermietheten Locale noch bis zum Ablaufe der Kündigungsfrist zu behalten. Der Miether muß also die bei jedem Miethvertrage vorkommende merces entrichten und diese besteht in dem bisherigen Miethzinse, weil er das Grundstück in Folge und auf Grund des Vertrages noch eine Zeit lang benutzen darf, bei welchem dieser Zins als die entsprechende Gegenleistung bedungen worden ist. Es fragt sich also nur, wer kann den Zins verlangen, der Eigenthümer oder der Vermiether? Nach meiner Ansicht ist es in der Regel und abgesehen von dem besonderen Falle, wenn sich der Verkäufer eines vermietheten Grundstückes von seinem Abkäufer ausbedungen hätte, daß dieser ihn den Miethvertrag für seine Rechnung erfüllen lasse, der neue Erwerber. Allerdings ist bisher noch keine Entscheidung der höheren Spruchbehörden zu Dresden, worin diese Frage speciell erörtert und in meinem Sinne entschieden worden wäre,*) zu meiner unmittelbaren Kenntniß gelangt und ich habe daher eine solche nicht anziehen können; wohl aber steht mir eine Autorität von gewiß nicht geringem Gewicht zu Gebote, nämlich die des bürgerlichen Gesetzbuches, welches in §. 1225 im wesentlichen dieselben Bestimmungen wie der §. 13 des Miethregulatives enthält und vorschreibt, daß der Miether, welcher während der (in §. 1225) bestimmten Kündigungsfristen das Miethverhältniß fortgesetzt hat, verpflichtet sein soll, dem neuen Erwerber nach Verhältniß der seit der Erwerbung abgelaufenen Zeit den bisherigen Miethzins fortzuzahlen. Gewiß enthält diese Bestimmung keine willkürlich erdachte positive Satzung, sondern beruht auf der Beurtheilung des thatsächlichen Verhältnisses, welches nach den Bestimmungen in §. 1225 im Wesentlichen ebenso, wie zufolge

*) Eine Entscheidung des OAG.'s, welche sie beiläufig berührt, wird später nachgewiesen werden.

Digitized by Google

des Miethregulatives eintreten kann, nach Rechtsgrundsätzen, welche nicht erst durch das bürgerliche Gesetzbuch erschaffen worden sind. Es möchte fast überflüssig erscheinen, die Richtigkeit dieser Auffassung weiter zu deduciren. Nur zu wenigen Bemerkungen finde ich noch Anlaß in Nissen's Schrift. Der Vermiether, welcher sich in dem von mir vorausgesetzten und augenscheinlich auch von dem Regulativ §. 13 getroffenen Falle, durch seine contractwidrige Handlungsweise außer Stand gesetzt hat, dem Abmiether die ihm zukommende Miethwohnung fernerhin zu gewähren, hat an sich keinen Anspruch auf Erhebung des Miethzinses von dem Zeitraume an, wo dem letzteren die Benutzung der Miethräume nicht mehr von ihm, sondern von dem neuen Erwerber in Gemäßheit des Regulativs gewährt wird. Eben so wenig steht ihm ohne besonderen Vorbehalt, ein Recht zu, den Erwerber in dem Gebrauche und der Benutzung des verkauften und in das Eigenthum des letzteren übergegangenen Grundstücks zu beeinträchtigen. Es ist nicht blos Anstands- und Schicklichkeitsgefühl, sondern das Anerkenntniß einer gesetzlichen Verbindlichkeit auf Seiten des Vermiethers, beziehentlich Verkäufers, wenn er dem Käufer die Nutzungen des erkauften Grundstücks überläßt und sich gegen seinen Abmiether eines Anspruchs enthält, der ihm nicht zusteht, und mit der Ausflucht des nicht erfüllten Vertrags sofort zurückgewiesen werden könnte. Dagegen ist der neue Erwerber, weil er es ist, welcher dem Miether die fortgesetzte Benutzung des Miethraums gestattet und nach dem Regulativ gestatten soll, auch berechtigt, die vom Miethbewohner zu gewährende Gegenleistung zu beanspruchen und weil als die einfachste und nächstliegende Auffassung des Verhältnisses, welches bis zum Ablauf der regulativmäßigen Kündigungsfrist zwischen dem Miether und Erwerber besteht, die eines Miethverhältnisses erscheint, welches nicht durch die unnatürliche Fiction eines — ohne Angabe des Miethzinses — abgeschlossenen neuen Vertrags, sondern durch die Fortsetzung des bisherigen Miethverhältnisses in seinen wesentlichen Bestandtheilen entsteht, so wird conse-

Digitized by Google

quenterweise auch anzunehmen sein, daß der bisherige Zins fortentrichtet werde.

Es ist in meinem Aufsatze nicht ohne Absicht der Ausdruck gewählt worden, daß ein Miethverhältniß zwischen dem neuen Erwerber und den bisherigen Miethbewohnern eintrete, wenn der letztere die ermietheten Räume bis zum Ablauf der regulativmäßigen Kündigungsfrist behalte, — weil es nicht nöthig schien, auf die Frage einzugehen, ob der Abmiether verbunden sei, den Miethvertrag mit dem Erwerber fortzusetzen, eine Frage, welche im Exmissionsprozesse der Novelle gar nicht zur Entscheidung kommen kann, so wie denn auch in Bezug auf die Zulässigkeit dieses Prozesses eine nähere Charakterisirung des Miethverhältnisses zwischen beiden nicht nöthig ist, wenn man nur überhaupt das Vorhandensein eines solchen zugiebt. Gegenwärtig werde ich freilich nach einer andern Richtung hin auf obige Frage zukommen müssen und bemerke daher hier nur vorläufig, daß ich den Miether, auch nach dem Regulative, welches nur Bestimmungen zu seinem Gunsten enthält, nicht für verbunden ansehe, den Miethvertrag mit dem Erwerber fortzusetzen. Daraus folgt, daß nach meiner Auslegung das Miethverhältniß, welches den Erwerber zur Anstellung des Exmissionsprozesses berechtigt, durch eine auf Seiten des Erwerbers nothwendige, auf Seiten des Miethers freiwillige Fortsetzung des bisherigen Miethvertrags ins Leben gerufen wird.

Allerdings gelangt man bei dieser Auffassung zur Construction eines insofern etwas anomalen Verhältnisses, als es darnach von dem Ermessen des Abmiethers abhängt, ob er das Miethverhältniß fortsetzen will, und weil auch das letztere selbst hinsichtlich seiner Dauer nur mit gewissen Beschränkungen fortgesetzt wird. Diese Anomalie ist aber keineswegs von solcher Bedeutung, daß sie ein erhebliches Argument gegen die meinerseits bevorwortete Interpretation des Miethregulativs darbieten sollte. Denn Verhältnisse dieser Art sind schon den älteren sächsischen Gesetzen gar nicht etwa fremd. Durch die Er-

Digitized by Google

öffnung des formellen Concurses gehen die übertragbaren Vermögensrechte des Gemeinschuldners auf die Gläubiger zum Zwecke ihrer ordnungsmäßigen Befriedigung über; die Succession der letzteren ist nach den Principien des heutigen und namentlich auch des sächsischen Concursrechtes eine successio singularis, und die Gläubiger können daher die Pächter und Abmiether der zur Masse gehörigen Grundstücke ebenso wie der Käufer oder Ersteher aus demselben Rechtsgrunde vertreiben*). Die Erl. Pr. Ordn. hat diese Berechtigung der Creditoren in Ansehung der vom Gemeinschuldner verpachteten Grundstücke ausdrücklich anerkannt, denn wenn es ad Tit. XXXIX. §. 4 heißt, daß wenn Concurs entsteht, der Pachter gleichfalls nicht darin (in den erpachteten Grundstücken) zu lassen, sondern „solcher Pacht sodann vor erloschen zu achten" — so sind diese Worte, eben so wie die Parömie Kauf bricht Miethe, nur so zu verstehen, daß es den Gläubigern freistehen soll, den Pacht für beendigt zu erklären. Dasselbe Recht würde an sich den Gläubigern auch rücksichtlich der vom Schuldner ermietheten oder verpachteten Grundstücke zugesprochen werden müssen. Allein hinsichtlich der vom Schuldner ermietheten praedia urbana ist den Gläubigern durch das ältere Bankeroutier-Mandat vom 7. Januar 1724 §. 5 und das geschärfte Bankeroutiermandat vom 20. December 1766 §. 5 eine Beschränkung auferlegt und an beiden Stellen vorgeschrieben worden, daß „da ein Schuldner ein Haus oder ein Kaufmann ein Gewölbe gemiethet hätte, bei ereignendem Falliment die Miethe nicht länger als zu nächst folgenden Ostern oder Michaelis, und zwar, wenn das Falliment vor Ostern sich zutrüge, die Miethe bis Michaelis, da es aber vor Michaelis geschähe, die Miethe bis Ostern des künftigen Jahres continuirt werden solle." Allerdings treffen diese Bestimmungen nicht direct unsern, sondern gerade den Fall einer Singularsuccession auf Seite des Abmiethers. Allein sie haben

*) Günther, Concurs der Gläubiger S. 52.

Digitized by Google

in ihrer principiellen Beurtheilung mit den Anordnungen des Miethregulativs das gemein, daß beide eine Abweichung von dem Grundsatze enthalten, daß der Singularsuccessor nicht an die von seinem Vorgänger abgeschlossenen Mieth- und Pachtverträge gebunden ist.

Nissen ist der Meinung, daß ich zu meiner Auslegung des Regulativs nicht gekommen sein würde, wenn ich mir alle Seiten vergegenwärtigt hätte, welche mit diesem Acte der regulativmäßigen Singularsuccession aus ihrer gewöhnlichen Haltung gebracht würden. Um diesem Einwurfe zu begegnen, muß man das Verhältniß zwischen dem Singularsuccessor und Miether, und das Verhältniß zwischen dem Miether und dem Vermiether gesondert betrachten.

Wenden wir uns zunächst zu dem Verhältnisse der beiden ersteren, und zu der Frage (S. 108), ob sich der Miether einen anderen Vermiether aufdrängen lassen müsse. In meinem Aufsatze ist dies nicht behauptet, ich bin im Gegentheil für meine Person der Ansicht, daß der Miether dem Erwerber als solchem gegenüber gar keine Verpflichtung hat, sich in ein Miethverhältniß mit demselben einzulassen und daß ihm auch der §. 13 des Miethregulativs keine Verpflichtung dieser Art auferlegt. Ob der Miether verbunden sei, den Vertrag mit dem Erwerber fortzusetzen, wenn sich dieser von dem bisherigen Vermiether dessen Rechte aus dem Miethcontracte unter gleichzeitiger Uebernahme der Verpflichtungen abtreten läßt, hängt mit der Beantwortung der allgemeineren Streitfrage zusammen, ob im Wege der Cession das gesammte Rechtsverhältniß einer Person auf andere übertragen werden kann. Auch hier bin ich der Meinung, welche neuerer Zeit namentlich von Mühlenbruch, Sintenis, Bangerow, Puchta vertheidigt worden ist, daß die Cession des gesammten Miethrechts an den Erwerber ohne Zustimmung

Digitized by Google

des Miethers unzulässig sei.*) Wenn aber der letztere von der Verpflichtung, welche das Regulativ dem Vermiether auferlegt, Gebrauch machen und die innegehabten Lokale wenigstens noch so lange, als der Erwerber ihm dieselben als Miethlokale überlassen muß, behalten und benutzen will, so führt es, ganz abgesehen von der Freiheit des Entschlusses, zu keiner Schwierigkeit oder Unzuträglichkeit, wenn man das auf die Dauer dieses Zeitraumes zwischen dem Erwerber und Ermiether bestehende Verhältniß als eine Fortsetzung des bisherigen Miethverhältnisses auffaßt.

Das Bedenken Nissen's scheint auf der Vorstellung zu beruhen, als wenn nach meiner Auslegung des Regulativs der Erwerber in jeder einzelnen Beziehung an die contractlichen Verpflichtungen des Vermiethers treten solle, wie dies durch eine Delegation bewirkt werden könnte. Das soll aber nicht geschehen und ist auch von mir nicht behauptet worden. Ich habe mich geflissentlich der Ausdrücke „als Vermiether eintreten" oder den „Miethvertrag fortsetzen" bedient, weil ich sie für verständlich halte und namentlich der letztere Ausdruck für das meinerseits angenommene Verhältniß üblich und selbst im bürgerlichen Gesetzbuche angewendet worden ist. Ich bedauere, wenn ich dabei auch von anderen Seiten mißverstanden worden sein sollte. Ich behaupte nur, daß in dem obenbezeichneten, allein von mir besprochenen Falle das bisherige Miethverhältniß dergestalt fortgesetzt wird, daß der Abmiether die ermietheten Räume auf die regulativmäßig bestimmte Dauer gegen den bisherigen Miethzins behält und benutzt.

---

*) Mühlenbruch, Cession der Forderungen, §. 27 S. 312, Vangerow, Pandecten, §. 643. III. 465, Sintenis, Civilrecht §. 128. II. S. 797. Puchta, im Rechtslexikon, unter: Cession II. 642. Dagegen Glück, Commentar ꝛc. XVIII. §. 1062 S. 27. Cropp in Heise und Cropp Abhdl. II. n. 10, S. 291. Unterholzner, die Lehre des röm. Rechts von den Schuldverhältnissen, §. 499. II. S. 330 fg.

Digitized by Google

Damit gehen aber weder alle einzelnen, das Wesentliche des Miethvertrags nicht betreffende Bestimmungen, welche der Vermiether und der Abmiether etwa vereinbart haben, noch die Ansprüche, welche in Folge des bisherigen Miethverhältnisses bereits entstanden und zur Klagreife oder Compensation gediehen sind, auf den Erwerber oder gegen denselben auf den Miether über. Das Miethverhältniß zwischen dem Erwerber und dem Miether, wie es sich im bezeichneten Falle nach dem Regulative gestaltet, entsteht nicht etwa durch eine, im Obligationsrechte unstatthafte Singularsuccession, sondern durch ein beiderseitiges Handeln der Betheiligten, welches die Elemente eines Vertrags in sich trägt und nur wegen der objectiven Gleichheit den Leistungen und der Unmittelbarkeit der Zeitfolge als eine Fortsetzung des früheren Miethvertrages bezeichnet wird. Ich stelle daher diese nach dem Regulative auf der einen Seite zwangsweise, auf der anderen freiwillige Fortsetzung des Miethverhältnisses der ausdrücklichen Vereinbarung „das bisherige Miethverhältniß fortzusetzen" ganz gleich. Auch das OAG. hat wiederholt den Grundsatz ausgesprochen, daß ein zwischen dem Singularsuccessor und dem Miethmanne seines Vorbesitzers stillschweigend oder im allgemeinen ausdrücklich wegen Fortdauer eines Miethverhältnisses abgeschlossener Vertrag von den Clauseln des früheren unabhängig sei.*)

Auch hier trifft man nach den Bestimmungen in §. 5 der beiden Bankeroutiermandate auf ein sehr ähnlich gestaltetes Verhältniß. Wenn die Gläubigerschaft die von dem Schuldner ermietheten Wohnungs- oder Gewerbslocalien nach §. 5 dieser Gesetze dem Vermiether nicht, wie die Pachtgrundstücke, sogleich nach Eröffnung des formellen Concurses, zurückzugeben und der Vertrag für beendigt zu erklären befugt, sondern verpflichtet ist, die Miethe noch eine Zeit lang zu continuiren, so wird man ihr natürlich die Verpflichtung den bisherigen Zins pro rata

*) Annalen, Bd. I. S. 130. Zeitschr. für R. u. B, Bd. 12, S. 353 Bd. 18, S. 475 (mit Bezug auf §. 13 des Regulativs).

Digitized by Google

temporis an den Vermiether fortzuentrichten, nicht ersparen können. Dieser Zins ist eine Masseschuld. Eben so gewiß ist es aber auch, daß ältere Zinsraten nicht von der Gläubigerschaft als solcher, aus der Concursmasse zu berichtigen, sondern von dem Vermiether als persönliche Forderungen an seinen Abmiether beim Concurse des Letzteren zu liquidiren sind. Von einer Räumungsfrist, welche der Gläubigerschaft zu vergönnen wäre, kann hier keine Rede sein, also nur von einer Fortsetzung des Miethverhältnisses, einem Eintreten in dasselbe in dem so eben gedachten Sinne.

Hierdurch erledigen sich Nissen's Bedenken gegen meine Interpretation, insoweit erstere das Verhältniß des Miethers zum Erwerber angehen. Der Miether ist durch die Bestimmungen des Miethregulativs auch nach dieser Auslegung nicht gedrückt, sondern aus Billigkeitsgründen begünstigt worden. Es steht ihm dem Erwerber als solchem gegenüber frei, ob er ausziehen, oder von dem regulativmäßigen Befugnisse Gebrauch machen will und sollte es letzterenfalls zwischen ihm und dem Erwerber zu Differenzen kommen, so wird der Vertheidigungsapparat bei richtiger Auffassung der Verhältnisse auf beiden Seiten ein ganz einfacher sein, bei welchem es sich in der Regel nur um die bei jedem Miethvertrage möglichen Fragen handelt, ob die dem Vermiether und Abmiether gegenseitig obliegenden Verpflichtungen auf die betreffende Zeit gehörig erfüllt worden sind, ob etwa zwischen den Parteien eine die Dauer ihres Miethverhältnisses oder die gegenseitigen Leistungen betreffende Verabredung stattgefunden hat und nach Befinden, welche von dem Miether vor der Veräußerung etwa angeschafften Gegenstände von demselben dem neuen Eigenthümer gegenüber mit fortgenommen werden können, mithin, wenigstens zum Theil um dieselben Fragen, welche auch entstehen können, wenn man das Regulativ nur von einer Frist zur Räumung verstehen wollte. Keine dieser Fragen wird aus ihrer richtigen Haltung verdrängt und nur eine andere kann principiell zum Zweifel Anlaß geben, ob sich nämlich der Erwerber den Zins anrechnen lassen muß, den

Digitized by Google

sein Vorbesitzer pränumerando erhoben hat. Die Erörterung dieser Frage ist hier ohne Einfluß, denn der Umstand, daß das Regulativ diesen Zweifel nicht gelöst hat, kann nicht als Gegenargument benutzt werden. Es wird fast keine gesetzliche oder statuarische Bestimmung geben, welche nicht irgend welchen Zweifel übrig ließe. Auch bei der Auslegung Nissen's würde das Regulativ keine Ausnahme machen.

In Bezug auf das Verhältniß des Vermiethers und Abmiethers halte ich an dem Grundsatze fest, daß der Miethvertrag durch die Veräußerung des vermietheten Grundstücks nicht aufgehoben wird. Daß sich der Vermiether von seinen Verpflichtungen gegen den Abmiether weder durch eine freiwillige Veräußerung befreien, noch durch eine nothwendige, von dem Abmiether nicht verschuldete Versteigerung dieses Grundstücks für befreit erachten darf, dies kann wohl gegenwärtig als ein so ziemlich unbestrittener Satz angesehen werden. Dagegen ist es eine sehr verbreitete Ansicht, daß eine solche Veräußerung den Abmiether berechtige, von dem Vertrage zurückzutreten. Gegen diese Ansicht haben sich aber namentlich noch in der neuern Zeit bewährte Schriftsteller*) erklärt, und ich schließe mich deren Ansicht unbedenklich an und gehe daher ebenfalls davon aus, daß an sich die freiwillige und die nothwendige Veräußerung weder den Vermiether noch den Abmiether zum einseitigen Rücktritt vom Vertrage berechtigt. Der Vermiether ist nach wie vor verpflichtet, dem Abmiether das uti frui licere während der ganzen Contractszeit zu gewähren, der Letztere dagegen dem ersteren so lange dieser seiner ebengedachten Verpflichtung nachkommt, zur Fortsetzung der Miethe und Bezahlung des Miethzinses verbunden. Hat sich nun, wie bereits andern Orts angedeutet worden ist, der Vermiether bei der Veräußerung des Grundstücks durch

*) Bangerow a. a. O. §. 644. III. S. 466. Sintenis, Civilrecht §. 118. II. S. 664 fg. Puchta, Pandecten, §. 369, S. 532. Dagegen Mühlenbruch, Pandecten, §. 415, 1, 6. II., S. 393.

Digitized by Google

einen Vertrag*) mit dem Erwerber in den Stand gesetzt, dem Abmiether dieses uti frui licere selbst zu gewähren und hat er es ihm auch forthin gewährt, so versteht es sich von selbst, daß ein Miethverhältniß, wie es nach dem Miethregulativ zwischen dem Erwerber und dem Miethbewohner eintreten kann, wenn eben Verträge dieser Art nicht vorliegen, überhaupt cessirt. Ueber die Frage, ob sich der Miether eine Cession des gesammten Miethrechts an den Erwerber gefallen lassen müsse, habe ich mich bereits ausgesprochen und nur noch zu bemerken, daß man diese Frage verneinen kann, ohne dadurch in die Nothwendigkeit zu gerathen, dem Abmiether infolge der Veräußerung das Recht zum einseitigen Rücktritt zuzugestehen. Denn die Zulässigkeit einer Uebertragung der aus dem Miethvertrage entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten auf eine dritte Person steht in keinem unmittelbar rechtlichen Zusammenhange mit der Fortdauer des zwischen den Contrahenten selbst durch diesen Vertrag begründeten Rechtsverhältnisses. Eben so wenig treten die Bestimmungen des Regulativs ein, wenn sich der Miether, was jedenfalls zulässig ist, mit dieser Uebertragung und den Eintritt des Erwerbers in alte Rechte und Pflichten des ursprünglichen Vermiethers einverstanden erklärt.**) Hier ist es der Vertrag der allerseits betheiligten Personen, der maßgebend für das Verhältniß des Erwerbers zum Miether wird, gewiß aber auch den ersteren zur Anstellung des kurzen Exmissionsprozesses berechtigt.

Hat dagegen der Vermiether nicht darauf Bedacht genommen, sich die Erfüllung des Miethvertrags durch Vertrag mit dem Käufer zu sichern oder eine ausdrückliche Fortsetzung des bisherigen Miethvertrags zwischen dem Erwerber und dem Miether zu vermitteln, so lassen sich hinwiederum zwei Fälle denken. Entweder der Abmiether räumt das Local sofort, ohne von den

*) Vergl. l. 25, §. 1. D. loc. XIX. 2; l. 9. C. loc. IV. 65; Bangerow, a. a. O., S. 466. Sintenis a. a. O. Anm. 117 sub 3 S. 666.

**) So namentlich bei dem in §. 16, 7 des Hypothekengesetzes vom 6. Novbr. 1843 gedachten Versprechen des Vermiethers an dem Abmiether.

Digitized by Google

Bestimmungen des Regulativs Gebrauch zu machen und beansprucht dazu eine, zur Räumung nöthige Frist, welche ihm der neue Besitzer unentgeltlich oder gegen Gewährung einer billigen Geldentschädigung (nach Analogie der in §. 8 des Regulativs enthaltenen Vorschrift) gestattet, oder es wird, und das ist unser Fall, von dem Regulative Gebrauch gemacht. In beiden Fällen tritt, weil sich der Vermiether außer Stand gesetzt hat, das uti frui licere zu gewähren, an die Stelle der directen Vertragserfüllung die Verpflichtung zur Leistung des id quod interest. Im ersten Fall sind die Bestimmungen des Regulativs überhaupt nur in sofern von Interesse, als die Füglichkeit, welche dasselbe dem Miether giebt, die zeitweilige Fortsetzung des Miethverhältnisses zu verlangen, bei der Berechnung des id quod interest, in Betracht kommen muß; der dritte Besitzer für seine Person bleibt ganz aus dem Spiele. Der zweite Fall, wo diese Bestimmungen zur Anwendung gelangen, gestaltet sich aber nach meiner Auslegung ebenfalls ganz einfach, wenn man nur berücksichtigt, daß nach dieser Auslegung der Zeitpunkt, wo der Grundsatz „Kauf bricht Miethe" zur Wirksamkeit gelangt, auf den vom Erwerber regulativmäßig erwirkten Auszugstermin versetzt worden ist. Es wird sich also um die Entschädigungsansprüche handeln, welche der Abmiether an den Besitzvorgänger ex conducto erheben kann, wenn ihm das Miethlocal trotz der Vorschrift des Regulativs, noch immer nicht auf die ganze Dauer des Miethvertrags gewährt worden ist, oder wenn er sich einzelne Leistungen ausbedungen hat, welche der Erwerber nicht zu gewähren braucht.

Mit der Ansicht, welche ich über das Verhältniß zwischen dem Singularsuccessor und dem Miether, der das ermiethete Local bis zum Ablauf der regulativmäßigen Frist noch benutzt hat, vorstehend entwickelt und zu begründen gesucht habe, stehe ich nicht allein und ohne Vorgang da. Auch das Oberappellationsgericht hat dieselbe in einer schon allegirten Entscheidung*)

*) Zeitschrift ꝛc. Bd. 18. S. 477; Annalen I. S. 130.

Digitized by Google

befolgt und ausgesprochen, daß der neue Erwerber durch das Regulativ genöthigt sei, dem Miethmanne das uti frui licere (nicht also eine Räumungsfrist) auf eine gewisse Zeit zu gewähren und daß in diesem Falle angenommen werden müsse, daß dem Singularsuccessor auf diese, so zusagen zwangsweise Miethzeit auch die actio locati des Besitzers ipso jure cedirt sei — sowie ferner, daß durch §. 13 verbis „nur in dieser Maße" 2c. zwar nicht auf eine Bedingung der Anwendbarkeit des Grundsatzes „Kauf bricht Miethe" aber wohl auf die künftige Modalität seiner Wirksamkeit hingewiesen werde. Uebrigens enthält diese Entscheidung auch einen, wie mir scheint, deutlichen Fingerzeig, daß das Oberappellationsgericht den Erwerber zur Erhebung des bisherigen Miethzinses nach Verhältniß der Zeit für berechtigt angesehen haben dürfte.

Schließlich wird es angemessen sein, die Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuchs über den Fall einer Veräußerung des ermietheten Grundstücks vor Ablauf der Contractzeit, auf welche bereits einigemal Bezug genommen worden ist, nunmehr ihrem ganzen Inhalte nach mitzutheilen.

Dieselben lauten:

§. 1222.

Geht während der Dauer des Vertrags das Eigenthum oder ein die Benutzung von Seiten des Pächters oder Miethers ausschließendes Recht an der Sache infolge einer Veräußerung von Seiten des Verpachters oder Vermiethers oder aus einem andern Rechtsgrunde auf einen Dritten über, welcher in die Verpflichtungen des Verpachters oder Vermiethers nicht eintritt, so kann der Pachter oder Miether von dem Verpachter oder Vermiether Schadenersatz verlangen.

§. 1225.

Der Dritte, welcher das Eigenthum oder das Benutzungsrecht an der Sache erwirbt, kann nach seiner Eintragung im Grundbuche den Pacht- oder Miethvertrag

Digitized by Google

dergestalt kündigen, daß der Pachtvertrag mit dem Schlusse des laufenden Pachtjahres oder, wenn die Kündigung nicht wenigstens acht Wochen vor dem Ende desselben erfolgt, mit dem Ende des nächsten Pachtjahres, der über Grundstücke geschlossene Miethvertrag, dafern er nicht nach seiner Bestimmung schon früher endigt, nach Ablauf der in §. 1215 angegebenen Kündigungsfrist*) erlöscht. Benutzt der Dritte die erste Kündigungsfrist nicht, so ist es so anzusehen, als sei er in den Vertrag seines Vorgängers eingetreten.

§. 1226.

Hat der Pachter oder Miether während der in §. 1225 angegebenen Kündigungsfrist das Pacht- oder Miethverhältniß fortgesetzt, so ist er verpflichtet, dem neuen Erwerber nach Verhältniß der seit der Erwerbung abgelaufenen Pacht- oder Miethzeit den Zins in der Höhe zu bezahlen, wie er beim letzten Zahlungstermine gewesen ist.

Vergleicht man diese Vorschriften mit den Bestimmungen des Miethregulativs, so findet man, daß sie in den wesentlichen Punkten mit dem letzteren übereinstimmen und nur das präciser und vollständiger aussprechen, was nach meinem Dafürhalten schon nach dem Miethregulative stattzufinden hatte. Es ist auch

*) §. 1215 lautet: Ist keine Zeit bestimmt, so ist bei Wohnungen und anderen Miethräumen, wenn der jährliche Miethzins fünfzig Thaler und mehr beträgt, einjährige, und, wenn er weniger als fünfzig Thaler beträgt, halbjährige Dauer des Miethvertrags anzunehmen; es endigt aber der Vertrag nach dieser Zeit blos dann, wenn eine Kündigung, und zwar bei einem jährlichen Miethzinsbetrage von 50 Thalern oder mehr, wenigstens ein halbes Jahr und bei einem Miethzinsbetrage unter 50 Thalern wenigstens ein Vierteljahr von der beabsichtigten Auflösung des Vertrages erfolgt ist. Die Kündigung muß im ersten Falle spätestens am 31. März oder am 30. September, im letzteren spätestens am 31. März, 30. Juni, 30. September oder 31. December erfolgen, wenn sie für den Schluß des nächsten Kalenderhalbjahres oder Kalendervierteljahres gelten soll. Miethverträge, in welchen ein monatlicher oder wöchentlicher Miethzins ausgemacht ist, sind monatlicher oder wöchentlicher Kündigung unterworfen.

Digitized by Google

insonderheit bei der Berathung der im §. 1225 in Bezug auf den Miethvertrag enthaltenen Vorschrift darauf Bezug genommen worden, daß dieselben bereits im Dresdner Miethregulativ enthalten seien. Eine kleine Abweichung von dem letzteren besteht nur darin, daß bei Miethräumen, für welche ein jährlicher Zins von fünfzig Thalern und mehr gegeben wird, und welche der halbjährigen Kündigung unterworfen sind, der Erwerber ohne Rücksicht darauf, in welchem Kalendervierteljahre er als Besitzer eingetragen und dadurch zur Kündigung berechtigt worden ist, an die im §. 1215 festgesetzte halbjährige Kündigung gebunden wird.

Dagegen hat im §. 1222 der Grundsatz gleichmäßige Anerkennung gefunden, daß der zwischen dem Vermiether und dem Abmiether bestehende Miethvertrag durch die Veräußerung des ermietheten Grundstücks nicht aufgehoben wird, daß jedoch auf Seiten des Vermiethers, der sich außer Stand gesetzt hat, dem Miether das uti frui licere auf die ganze Contractzeit zu gewähren, an Stelle der directen Vertragserfüllung die Verbindlichkeit zum Schadenersatz tritt. Es wurde auch von der Gesetzgebungscommission*) als selbstverständlich bezeichnet, daß der Erwerber keinen Anspruch auf Fortsetzung des Vertrags gegen den conductor habe, wenn er nicht in die Rechte und Verbindlichkeiten seines Vorgängers eingetreten sei, womit die hypothetische Fassung des §. 1226 „hat der Pachter oder Miether das Pachtverhältniß fortgesetzt ꝛc.“ ganz übereinstimmt. In Ansehung des Erwerbers ist aber die Parömie „Kauf bricht Miethe“ eben so, wie im Miethregulative dergestalt beschränkt worden, daß demselben nur das Recht, den Miethvertrag, dafern er nicht nach seiner Bestimmung schon früher endigt, unter Beobachtung der im §. 1215 erwähnten Fristen zu kündigen, verstattet worden ist.

*) Im Sitzungsprotokolle Nr. CLXIX. vergl. die speciellen Motiven, S. 811 sub Nr. 23.

Digitized by Google

Die Worte des §. 1225, den Miethvertrag dergestalt zu kündigen ꝛc., sind bestimmter, als der in §. 13 des Regulatives gebrauchte Ausdruck „die Miethe kündigen" und lassen sich durchaus nicht auf einen von dem Erwerber mit dem Miether abgeschlossenen, sondern nur auf den zwischen dem letzteren und dem Vorbesitzer des ersteren noch bestehenden Miethvertrag beziehen. Das dem Erwerber zugestandene Recht, diesen Vertrag so zu kündigen, daß er (in Bezug auf seine Person) erlöscht, läßt sich m. E. nur dadurch in befriedigender Weise erklären, daß dem Erwerber zugleich die Verbindlichkeit auferlegt werden sollte, das Miethverhältniß noch eine Zeit lang fortzusetzen, wenn es der Miether so verlangen und die sofortige Räumung nicht vorziehen würde.

Endlich aber wird im §. 1226 das Verhältniß zwischen dem neuen Erwerber und dem alten Miether, welcher bis zum Ablauf der Kündigungsfrist im Quartier verblieben ist, geradezu als eine Fortsetzung des Miethverhältnisses bezeichnet, welche den Miether zur Abentrichtung des bisherigen Zinses an den Erwerber verpflichtet. Kaum glaube ich, daß es versucht werden dürfte, zu behaupten, daß auch das bürgerliche Gesetzbuch „die Kündigung des Miethvertrages" mit einem bloßen Räumungsgebote und die Kündigungsfristen mit einer bloßen Räumungsfrist verwechselt oder unter einer Fortsetzung des Miethverhältnisses nur die Gestattung einer billigen, zur Räumung ausreichenden Frist verstanden haben sollte. Wäre in der letzteren Beziehung noch ein Zweifel denkbar, so möge nur hinzugesetzt werden, daß man sich bei der Aufnahme der bezüglichen Bestimmungen in den revidirten Entwurf allseitig einverstanden erklärte,*) es bedürfe den bisher gefaßten Beschlüssen gegenüber keiner besonderen Erwähnung, daß, so lange der neue Erwerber mit dem conductor den Vertrag fortsetze, zwischen beiden dasselbe

*) Sitzungsprotocoll Nr. CLXIX.

Digitized by Google

Verhältniß stattfinde, wie vorher zwischen dem conductor und locator. Wohl nicht ohne besondere Absicht bedient sich das bürgerliche Gesetzbuch im Art. 1226 des Ausdruckes „das Miethverhältniß fortsetzen," während am Ende des §. 1225 von einem (thatsächlichen) Eintreten des Erwerbers in den Vertrag seines Vorgängers die Rede ist, um zu bezeichnen, daß der Erwerber, wenn er die Miethe nur so lange, als er dazu nach §. 1225 verbunden ist, fortsetzt, nicht an alle Clauseln des von seinem Vorgänger abgeschlossenen Miethvertrages gebunden sein, falls er aber nicht von der ersten Kündigungsfrist Gebrauch macht, dafür anzusehen sein soll, daß er von seiner Besitzzeit an in alle contractlichen Verpflichtungen seines Vorgängers eintrete. Das letztere wurde bisher nach dem Miethregulative, wenigstens von dem OAG., nicht angenommen, vielmehr der Verabsäumung dieser ersten Kündigungsfrist nur die Wirkung zugeschrieben, daß der Erwerber immer noch von seinem Expulsionsrechte, jedoch nur vermittelst einer lediglich dem §. 5 des Regulatives gemäß zu bewirkenden Kündigung Gebrauch machen könne.*)

Daß ohnbeschadet der Bestimmungen des Regulatives, auch bisher ein Miethverhältniß zwischen dem Erwerber und dem Miether des veräußerten Grundstückes durch ausdrückliche oder thatsächliche Willenserklärungen entstehen konnte, welches die Anwendung dieser Bestimmungen entweder ausschloß oder überflüssig machte, wird man nicht bestreiten wollen; ebenso wenig, daß sobald sich auf diese Weise ein auf beiderseits freiem Entschluß beruhendes Vertragsverhältniß gebildet hat, die Berechtigung des Erwerbers von dem Exmissionsprozesse der Novelle Gebrauch zu machen, keinem Zweifel unterliege.

Ist also in meinem Aufsatze S. 559 gesagt, es werde letzteres „noch weit mehr und unzweifelhafter" der Fall sein, wenn

*) Vergl. Zeitschrift ꝛc. Bd. 18, S. 476 fg.

Digitized by Google

der Erwerber nicht bis zum Schlusse des laufenden Vierteljahres gekündigt, sondern den Contract (seines Vorgängers) über den nächsten Kündigungstermin hinaus, ausdrücklich oder stillschweigend fortgesetzt habe — so kann dies nicht zum Anstoß gereichen. Es ist ja damit nur angedeutet worden, daß nach dem Eintritte einer solchen ausdrücklich oder thatsächlich erklärten Vereinbarung wegen Fortdauer des Miethverhältnisses die erwähnte Berechtigung des Erwerbers unzweifelhaft erscheine, während man nicht abstreiten kann, daß in dem unmittelbar vorher gedachten Falle, wenn lediglich und ohne Hinzutritt besonderer Umstände dem Miethregulative nachgegangen worden sei, Zweifel entstehen können. Daß dem so sei, gebe ich auch jetzt noch zu, und erwarte mit Interesse, für welche Meinung sich die Praxis entscheiden wird, bin aber deshalb in meiner Ansicht nicht unsicher gewesen oder geworden, denn es wird wenig juristische Fragen geben, wo nicht eine Verschiedenheit der Ansicht denkbar und für und wider eine Ansicht Gründe vorhanden wären.

II.

Im Schlußtheile seiner Abhandlung hat Nissen das Bedenken hervorgehoben, daß nach meiner Auslegung der §. 18 des Regulatives einen Verstoß gegen die Verfassungsurkunde enthalten würde. Die Verfassungsurkunde sagt: „kein Gesetz kann ohne die Zustimmung der Stände erlassen, abgeändert oder authentisch interpretirt werden.“ Weder von der Erlassung eines Gesetzes, noch von dessen authentischer Interpretation ist hier die Rede; nur die Abänderung konnte in Frage kommen. Ein Landesgesetz, auf welches man die Verfassung zunächst zu beziehen hätte und worin die Parömie „Kauf bricht Miethe“ in ihrer Bedeutung und Wirksamkeit erörtert und festgestellt worden wäre, besitzen wir nicht; es handelt sich also nur um die Beschränkung eines nach römischem Rechte bei der Singularsuccession geltenden, in einigen Stellen desselben auf den Miethvertrag angewendeten Grundsatzes, aus dem sich jene, oft

Digitized by Google

mißverstandene und vielfach bestrittene*) Parömie gebildet hat. Sollte eine der Zeit und den Ortsbedürfnissen entsprechende Modification derartiger Sätze durch Verordnung oder Localstatute, welche mit der Genehmigung der competenten Ministerien erlassen worden sind, wirklich verfassungswidrig sein? Und was sollte man alsdann zu den Statuten gewisser Anstalten und Gesellschaften sagen, die z. B. in Bezug auf die Vindication, die Pfandrechte u. s. w. Bestimmungen enthalten, die von den in Sachsen recipirten gemeinrechtlichen Grundsätzen und selbst von sächsischen Particulargesetzen abweichen und bei denen man, weil sie auch Dritte betreffen, mit dem Einwande einer lex contractus nicht durchkommt? Und worin würde das Verfassungswidrige bestehen? M. E. doch nur darin, daß der Erwerber die Exmission des Miethers nicht sofort, also ohne Kündigung und nur mit Einräumung einer, nach den Verhältnissen zu bemessenden Frist, zu beanspruchen befugt sein soll. Gerade in dieser Beziehung findet Nissen gegen die Zulässigkeit der Regulativbestimmungen kein Bedenken, weil er darin nur eine Fixirung des modicum tempus erblickt. Wenn man aber darin nichts Verfassungswidriges zu finden hat, daß die Verbindlichkeit zur Räumung von einer befristeten Kündigung abhängig gemacht worden ist, so scheint es mir doch ganz unbedenklich, wenn man das bis zum Ablauf dieser Frist zwischen dem Erwerber und dem Miether bestehende Verhältniß als ein Miethverhältniß angesehen und auf diese Weise eine Parität der Rechte zwischen Miether und Erwerber herzustellen gesucht hat.**)

Ich wiederhole, daß ich die Zulässigkeit des kurzen Exmissionsprozesses nach der Novelle nur für den Fall behauptet habe, daß beide Theile dem Regulative nachgehandelt haben und ihr

*) Glück, Commentar §. 1062 Bd. 18, S. 156 und die dort angegebene Literatur.

**) Vergl. die speciellen Motiven zum bürgerlichen Gesetzbuch, S. 812 sub nro. 25.

Digitized by Google

Verhältniß durch Kündigung gelöst worden ist. Sollte es dem Erwerber eines vermietheten Grundstückes beikommen, die verfassungsmäßige Gültigkeit des Regulatives zu bestreiten und sofort die Räumung zu verlangen, so würde er m. E. wenig Aussicht auf Erfolg haben, jedenfalls aber den durch die Novelle eingeführten Miethprozeß nicht anstellen können.

Digitized by Google

Präjudizien.

I. Handels- und Wechselrecht.

16.

Stellung der Unterschrift eines Wechsels zwischen Context und Datum.

II. Sen.-Erk. v. 22. Jan. 1863 no. 939/913.

Die vorigen Instanzen sind darüber differenter Ansicht, ob der den Acten vorgeheftete Wechsel:

> Gegen diesen meinen Sola-Wechsel zahle ich Endesunterzeichneter an Herrn A. S....burg oder dessen Ordre den 15. Juli dieses Jahres die Summe von 630 Thlr. Schreibe Sechs Hundert Dreissig Thaler Courant. Valuta erhalten.
>
> C. G. H. v. S.-G.
>
> Dresden, den 15. April 1859.
>
> L. S.
>
> A. S....burg. (durchstrichen)
> Heinrich G. (durchstrichen)

ein formrichtiger Wechsel sei.

Während nämlich die erste Instanz solches nach der Richtung bestreitet, daß die Unterschrift des Ausstellers den Vermerk des Ortes und des Tages der Ausstellung nicht decke, somit aber für den erhobenen Executivprozeß, wenn selbst Beklagtens Unterschrift in contumaciam für anerkannt geachtet werden wollte, daß zur Zeit der-

Digitized by Google

selben dem Requisite der A. D. Wechselordn. Art. 96 Nr. 6 genügt gewesen sei, nicht erhelle, gelangt die zweite Instanz zu dem entgegengesetzten Resultate unter Anderem durch die Erwägung, daß im Allgemeinen bei Beurtheilung der Aechtheit einer Urkunde die Berücksichtigung der präsumtiven Entstehung — hier Unterschrift der nur mit dem Orte und Datumverzeichnung einen vollen Sinn gebenden Urkunde — und der äußeren Erscheinung im Ganzen — hier, daß Schrift und Dinte bei der Datirung, wie in dem Contexte der Urkunde dieselbe sei — nicht ausgeschlossen sei, insbesondere aber bei Wechseln, namentlich Tratten, in nicht seltenen Fällen die Unterschrift wesentliche Theile des Wechsels, unter welchen sie nicht stehe, z. B. Adresse des Bezogenen, Domicilbemerkungen zu decken habe, übrigens Beklagter mit der Behauptung, daß zur Zeit seiner Namenszeichnung der Wechsel in Bezug auf die Datirung unvollständig gewesen, gar nicht hervorgetreten sei.

Das OAG. hat der Meinung der zweiten Instanz vor der der ersten den Vorzug einzuräumen gehabt.

Zu geschweigen nämlich, daß Beklagter, obschon auf letzteres Moment hingewiesen, auch in gegenwärtiger Instanz vermieden hat, mit der Behauptung, daß die Urkunde in Bezug auf Ort und Datum nach seiner Unterschrift vervollständigt sei, hervorzutreten, ist zunächst darauf hinzuweisen, daß, abgesehen von den speciellen Vorschriften der Wechselordnung, auch für Wechsel der Grundsatz nicht ausgeschlossen ist, daß die Namenszeichnung des Ausstellers einer Urkunde, wenigstens wenn letztere eigenhändig geschrieben, nicht den Schluß der Urkunde bilde, vielmehr dem Contexte inserirt sei.

Treitschke, Encyclopädie Bd. II., S. 510 sub voce: Unterschrift §. 1.

Letzteres kann nun zwar, wie es auch schon vor der Wechselordnung vielfach particularrechtlich unstatthaft gewesen,

Treitschke, a. a. O., S. 511.

nach den Worten der Wechselordnung bei danach zu beurtheilenden Wechseln nicht weiter zugelassen werden.

Borchardt, die A. D. Wechselordn. ꝛc. Berlin 1860. Zus. 81 zu Art. 4 Nr. 5, S. 39.

Digitized by Google

Allein wenn man sich streng an den Wortlaut der Wechselordnung Art. 96 Nr. 5, 6 (vergl. auch Art. 4 Nr. 5, 6) im Verhältniß zu den vorgehenden Punkten Nr. 1—4 hält, welche letztere zusammen den regelmäßigen Inhalt des Contextes des Wechsels vorzeichnen, so mag nicht unbemerkt bleiben, daß in Nr. 5 der Unterschrift vor der Angabe des Ortes, Monats, Tages und Jahres der Ausstellung (Nr. 6) gedacht ist, somit die hier vorliegende Form, obwohl sie eine ungewöhnliche ist, so zu sagen dem Wortlaute der Wechselordnung in Bezug auf die Construction eines Wechsels entspricht.

Sodann ist es aber allerdings nicht ohne Gewicht, daß bei Wechselurkunden — insbesondere bei Tratten — die Unterschrift ziemlich häufig Vermerkungen, welche zu Vollständigkeit des Wechsels gehören, wie Adresse und Domicil, deckend angenommen wird, wenn solche auch nicht im strengsten Sinne über, sondern neben der Unterschrift und sogar tiefer als diese stehen.

Vergl. auch Borchardt, a. a. O. Zusatz 171b zu Art. 24, S. 87 und Zus. 458 zu Art. 98, S. 279 und die daselbst bezogenen Entscheidungen auswärtiger Gerichtshöfe.

Im vorliegenden Falle kommt aber noch hinzu, daß die Stellung der Namenszeichnung des Beklagten ihre wahrscheinliche Erklärung darin findet, daß er dadurch einem möglichen Mißbrauche des zwischen dem letzten Worte des Contextes und der Datumlinie bestehenden Raumes begegnet, und daß, was nur beiläufig bemerkt werden mag, da für das particulare Prozeßrecht heut zu Tage Siegel, die in der Regel gar nicht der Recognition unterliegen, zumeist unerheblich sind,

Erl. Proz.-Ordn. ad Tit. VII. §. 1, Anhang §. 4.

das notorische Familienwappen des Beklagten unter der Datumlinie abgedrückt sich befindet.

17.

Der Bezogene, welcher eine Anweisung oder einen Wechsel bei Verfall eingelöst hat, kann nicht nachträglich die diesfalls zu Gunsten des Assignanten (Trassanten) geleistete Zahlung als solche revociren und wenn auch innerhalb

Digitized by Google

der Protestfrist und unter Beihilfe des Präsentanten in eine solche gegen Protest zu Ehren eines Indossanten bewirkte Interventionszahlung umwandeln.

II. Sen.-Erk. v. 16. Octbr. 1862 no. 603/590.*)

Nach der Behauptung der Beklagten haben Kläger, als Assignaten der Bl. — in Abschrift ersichtlichen, am 8. Januar 1861 fälligen Anweisung, am 8. oder spätestens am 9. desselben Monats den Betrag derselben auf ordnungsmäßige Vorlegung der allgemeinen deutschen Creditanstalt, als durch Giro legitimirten Inhaberin, gegen

*) Friedrich K. hatte unter dem 3. Oct. 1860 eine drei Monat dato, also pro 8. Januar 1861 zahlbare Anweisung ausgestellt, in welcher Kläger Assignaten, Beklagte Assignatare waren. (Nach Lage der Sache und beziehentlich sächsischem Recht war dieses Papier ganz wie eine Tratte zu beurtheilen, bei der K. Trassant, Kläger Trassaten, Beklagte Remittenten waren.) Beklagte hatten das Papier durch Indossament begeben, und es gelangte in den Besitz der Leipziger Creditanstalt. Kläger führte nun in der Klage unter Beifügung der Copie eines Notariatsprotestes vom 10. Januar 1861, wonach das Papier auf Requisition der Creditanstalt dem Kläger vorgelegt, von diesem Mangel Berichts Zahlung verweigert, jedoch Intervention zu Ehren Beklagter gegen Protest erklärt worden sei, an, daß er nach am 10. Januar bewirkter Interventionseinlösung des Papieres, Beklagten solches mit dem Proteste und Gesuch um Gutschrift des Interventionsbetrages an 1350 Thlr. 6½ Sgr. eingesendet, diese jedoch Gutschrift, wie sogar Rücksendung der Papiere verweigert hätten und forderten Zahlung. — Beklagte den Eingang der Papiere und deren Inhalt nicht bestreitend, wendeten ein: Kläger hätten auf Vorlegung der Anweisung Seiten der Creditanstalt am 8. Januar pure gezahlt, nach der Zahlung das Fallissement des Ausstellers K. erfahren, sodann die Creditanstalt unter Innelassung des Geldes gebeten, die Anweisung ihnen nochmals präsentiren zu lassen, und nunmehr, durch Zahlungsweigerung, jedoch Interventionserklärung die Aufnahme des Protestes vom 10. Januar erwirkt. Kläger, ohne directes Zugeständniß des Einwandes, suchten replicando solches Verfahren, als der kaufmännischen Usance entsprechend, zu rechtfertigen. Die Ima (HG. Leipzig) pflichtete dieser Auffassung bei und wies den Einwand zurück. — Die IIda (AG. Leipzig) reformirte jedoch auf Beweis der Exception. Das OAG. pflichtete der Auffassung der zweiten Instanz bei. (Rationen im Text.) Bei dieser Sachlage hatte die IVta, an welches die Sache nach einer andern, die Beweislast betreffenden Richtung gelangte (III. Sen.-Erk. vom 21. März 1863 no. 617), keine Veranlassung sich über die obausgehobene Frage auszusprechen.

Digitized by Google

Empfang der quittirten Anweisung baar ausgezahlt, erst am 10. Januar aber die gedachte Creditanstalt zu nochmaliger Vorlegung der Anweisung veranlaßt und nunmehr zu zahlen verweigert, jedoch zugleich zu Ehren und für Rechnung der Beklagten (der Assignatare und ersten Giranten) unter Protest interveniren zu wollen erklärt, und es ist demgemäß der Bl. — in Abschrift ersichtliche Protest erhoben worden.

Die hiernächst streitige Frage, ob unter diesen Umständen Kläger als Ehrenzahler für Rechnung der Beklagten an diese zu regrediren befugt sein würden, ist von der vorigen Instanz, im Widerspruche mit der Ansicht erster Instanz, verneint worden, und das OAG. hat bei anderweiter Erwägung der Sache der zweitinstanzlichen Entscheidung sowohl, als den Bl. — entwickelten ausführlichen Gründen in materieller Beziehung lediglich beizutreten gehabt.

Die Ausführung zweiter Instanz, daß die von den Klägern geleistete Zahlung im Zweifelsfalle als Folge des an sie gerichteten Zahlungsauftrages anzusehen, mithin ihr die allgemeine rechtliche Wirkung jeder solutio, Tilgung der bezüglichen obligatio, beizulegen sei, welche durch späteres Abkommen zwischen Klägern und dem Wechselinhaber wenigstens nicht in Beziehung auf dritte Interessenten haben wieder aufgehoben werden können, und daß gegen diese unbestrittenen civilrechtlichen Grundsätze irgend welche Vorschriften der allgemeinen deutschen Wechselordnung mit Erfolg nicht angezogen werden können — ist in den Einwendungen der Kläger Bl. — unwiderlegt geblieben.

Die von den Klägern geltend gemachten Eigenthümlichkeiten des Wechselverkehrs können die Anwendung gemeinrechtlicher Grundsätze nur insoweit ausschließen, als sie mit diesen unvereinbar sind, oder auf positiv festgestellten Abweichungen von selbigen beruhen. Dies läßt sich aber bezüglich der rechtlichen Bedeutung des Aufhebungsmodus der Wechselverbindlichkeit durch Zahlung um so weniger behaupten, als die allgemeine deutsche Wechselordnung hierüber eine Abänderung des gemeinen Rechtes nicht enthält, vielmehr in den speciell die Zahlung des Wechsels betreffenden Dispositionen Art. 36—40 den Begriff und die Wirkung der Zahlung als feststehend und keiner näheren Bestimmung bedürftig voraussetzt.

Digitized by Google

Die bei dem Wechsel in der Regel eintretende Mehrheit von Schuldnern, namentlich in Ansehung der Indossanten, welche Kläger hierbei als wesentlich hervorgehoben, kommt bekanntlich auch in rein civilrechtlichen Schuldverhältnissen oft genug vor, und wenn auch da, wo die Einlösung des Wechsels zur Verfallzeit nicht ordnungsmäßig erfolgt, in Folge der Befriedigung des Inhabers durch Intervention, beziehentlich im Regreßwege besondere Rechtsverhältnisse unter den verschiedenen Wechselverbundenen hervortreten, so ändert dies doch daran nichts, daß bei regelrechtem Verlaufe des Wechselgeschäfts durch ordnungsmäßige Einlösung des Papieres die Substanz der Wechselobligation selbst, gleichwie in nicht wechselrechtlichen Schuldverhältnissen getilgt, und damit jeder aus derselben mögliche Regreß unter den Interessenten beseitigt wird.

Es kann ferner zugegeben werden, daß die Kläger die Einlösung der fraglichen Anweisung, da sie dazu nicht bereits durch Accept verpflichtet waren, zur Verfallzeit ebensogut zu Ehren und für Rechnung des Ausstellers oder eines Indossanten, als überhaupt gar nicht zu bewirken freie Hand hatten. Daraus folgt jedoch ebensowenig, daß der Umstand, zu welchem Zwecke, beziehentlich für wessen Rechnung gezahlt worden ist, so lange ungewiß und unentschieden bleiben müsse, bis Kläger sich hierüber ausdrücklich erklärt haben, als daß andererseits die Zahlung selbst einstweilen als ein non factum angesehen werden dürfe, als worauf es, wenigstens indirect, hinauskommen würde, wenn man einem der Thatsache der Zahlungsleistung erst nachfolgenden Ereignisse die Bestimmung des Zweckes und Wesens derselben, der Tilgung der Schuld in ihrem ganzen Umfange oder nur in einer gewissen Beschränkung, überlassen wollte. Kläger sind mittelst der auf sie gezogenen Anweisung von dem Assignanten Friedrich H. beauftragt worden, an die darin als Assignaten bezeichneten Beklagten die verschriebene Summe von 1344 Thlr. —⁄— —⁄— zur Verfallzeit zu zahlen, und wenn sie selbst auf Vorlegung der Anweisung nicht ausdrücklich die Annahme des Auftrages erklärt, vielmehr ohne solche Erklärung gezahlt haben sollten, so liegt doch die Beziehung dieser Handlung auf den an die Handelnden gerichteten Auftrag, zu dessen Uebernahme und Erfüllung sie durch die Vorlegung des Papieres aufgefordert worden sind, so nahe, daß die zweite Instanz mit Recht

Digitized by Google

diese Auffassung als die in der Natur der Sache liegende, bis zum Nachweise des Gegentheils auch für die rechtliche Beurtheilung maßgebende betrachtet hat. Der Einwand der Kläger, daß ohne die Seiten des Präsentanten vorausgegangene Aufforderung, den Wechsel für eine bestimmte, unter den Wechselinteressenten befindliche Person einzulösen, der Bezogene ebenso gut für einen der Indossanten, als für den Trassanten zu zahlen beabsichtigt haben könne, weil das Ersuchen, zu zahlen, in gleicher Weise, wie von dem Trassanten, so auch von den Indossanten an ihn ergangen sei, ist unzutreffend. Der in der Trassirung des Wechsels liegende Zahlungsauftrag ergeht von dem Trassanten an den Bezogenen, der Indossant überträgt auf seinen Indossaten nur das Recht, die Erfüllung dieses Auftrages zu fordern. Mit dieser Uebertragung ist zwar zugleich die Garantie für die richtige Einlösung des Wechsels, gleichsam für die Bonität der übertragenen Forderung, verbunden, und dies begründet unter den beiden Interessenten ein eigenthümliches Rechtsverhältniß, vermöge dessen in jedem Giro ein neues wechselmäßiges Obligo unter den verschiedenen Indossanten, durch deren Hände der Wechsel gegangen ist, entsteht. Allein dem Trassanten gegenüber enthält das Indossament nicht einen neuen Zahlungsauftrag, welcher zu dem im Wechsel liegenden hinzutritt oder neben demselben besteht, sondern nur die Legitimation des Empfängers zu Annahme derjenigen Leistung, zu welcher der Trassat aus dem Wechsel, vermöge des in diesem enthaltenen Auftrages, verbunden ist, und der Bezogene kann daher nicht eo ipso jeden Indossanten als Auftraggeber zur Zahlung in gleichem Sinne wie den Trassanten betrachten, wie dies sofort daraus sich ergiebt, daß ihm der civilrechtliche Regreß mittelst der actio mandati contraria, den er an den Trassanten hat, gegen den Indossanten, als solchen, aus der Einlösung des Wechsels allein, zweifellos nicht zusteht. Als demnach den Klägern die fragliche Anweisung zur Verfallzeit von der damaligen Inhaberin und Indossatarin, der allgemeinen deutschen Creditanstalt, zur Zahlung vorgelegt wurde, konnten sie, auch ohne alle weitere Erklärung Seiten der Präsentantin, darüber nicht in Zweifel sein, daß die ihnen in der Anweisung von deren Aussteller H. aufgetragene Zahlung gefordert werde, und daß, wenn sie ihrerseits eine diesem Auftrage ganz conforme Zahlung ohne weitere Erklärung leisteten, die

Digitized by Google

Präsentantin solche nothwendig als die ihr aus der Anweisung von den Assignaten oder Bezogenen zukommende Leistung annehmen mußte. Folgerecht war dadurch die in der Anweisung begründete Obligation mit allen aus der Circulation des Papieres durch eine Reihe von Indossanten entstandenen wechselmäßigen Garantieen getilgt und erloschen, und ein späteres Abkommen zwischen der allgemeinen deutschen Creditanstalt und den Klägern konnte nur eine neue Obligation unter den Contrahenten begründen, nicht die bereits erloschenen Obligationsverhältnisse wieder beleben. Hierbei kann selbstverständlich auf den Bl. — hervorgehobenen Umstand, daß es der allgemeinen deutschen Creditanstalt an sich gleichgültig bleiben müssen, ob sie die Zahlung im regelmäßigen Verlaufe des Geschäfts oder mit Hülfe einer Intervention erlange, ebenso wenig etwas ankommen, als auf die Bl. — erwähnte gesetzliche Frist zu Protesterhebung (Art. 41 der allgemeinen deutschen Wechselordnung) ein entscheidendes Gewicht gesetzt werden. Unbestritten ist der Zweck der nurgedachten Frist keineswegs die Verstattung von Respects- oder Discretionstagen zu Gunsten des Wechselschuldners, vielmehr liegt ihr blos die Absicht zu Grunde, das Recht des Wechselinhabers dadurch zu sichern und um so wirksamer zu machen, daß es ganz in sein Ermessen gestellt bleibt, ob er zu Realisirung seines wechselrechtlichen Anspruchs sofort am Zahlungstage oder erst später bis zum Ablauf der gestatteten Frist Protest erheben lassen will. So gewiß es daher im vorliegenden Falle der allgemeinen deutschen Creditanstalt freigestanden haben würde, im Falle einer auf Vorlegung der Anweisung am Verfalltage von den Klägern abgegebenen unbestimmten oder ausweichenden Erklärung mit der Aufnahme des Protestes bis zum zweiten Werktage nach dem Zahlungstage Anstand zu nehmen, und so den Klägern die Füglichkeit zu eröffnen, noch später darüber, ob sie als Bezogene oder als Intervenienten zu zahlen gemeint seien, Bestimmung zu treffen, so wenig steht doch den Klägern ein Recht auf solches Verfahren oder das Befugniß zu, dasselbe unabhängig vom Willen der Inhaber und Präsentanten des Papieres sich zu Nutze zu machen. Die allgemeine deutsche Creditanstalt als Inhaberin hat aber von jenem Rechte nicht Gebrauch gemacht oder machen können, denn sie hat der Behauptung der Beklagten zufolge sofort am Verfalltage oder doch spätestens Tags

Digitized by Google

darauf die Anweisung zur Zahlung vorgelegt, und ist überhaupt in die Lage, Protest sofort oder später erheben zu lassen, nicht gekommen, weil die Zahlung auf Vorlegung ohne alle Beanstandung erfolgt ist. Damit ist der Wechselverband gelöst worden, und wenn selbst die befriedigte Inhaberin kein Bedenken getragen haben sollte, den Klägern zu einer nachträglichen Umgestaltung des Zahlungsactes ihren Beistand zu leihen, so bleibt dies doch erfolglos, weil mit dem Wechselverbande selbst nothwendig auch die Rechte erloschen sind, welche dem Wechselinhaber in Gemäßheit Art. 41 der allgemeinen deutschen Wechselordnung beim Verfall des Wechsels zugestanden haben, mithin von der Frage abgesehen werden kann, ob und inwieweit der Letztere durch seine Mitwirkung zu Vereitelung der regelmäßigen Abwickelung des Wechselgeschäfts die ihm durch das Indossament seinen Vormännern gegenüber auferlegte Verpflichtung, bei allen durch das Gesetz vorgeschriebenen Formalitäten gerade im entgegengesetzten Sinne thätig zu sein, in einer Weise verletzt habe, die ihn eintretenden Falles sogar schadenersatzpflichtig machen würde.

Die aus dem Rechtssatze: non debet, cui plus licet, quod minus est, non licere, Bl. — gezogene Folgerung, daß der Wechselnhaber, der dem Bezogenen die Erklärung auf den Wechsel überhaupt gestunden dürfen, um so mehr auch die Erklärung darüber, für wen gezahlt sein oder werden solle, habe gestunden können, paßt daher nach dem Vorbemerkten auf den vorliegenden Fall in keiner Weise.

Die erste Instanz hat für ihre Meinung, daß Kläger auch nach geleisteter Zahlung und bis zu Ablauf der Protestfrist darüber, zu wessen Ehren die Zahlung geleistet sein solle, sich zu erklären befugt gewesen seien, hauptsächlich den rechtlichen Charakter der Protestfrist, bis zu deren Ablaufe die Verhandlungen zwischen dem Wechselinhaber und dem Bezogenen lediglich Rechte unter diesen begründen, nicht die Indossanten berühren könnten, geltend gemacht und dafür zugleich die im

Archiv für Deutsches Wechselrecht, Bd. II., S. 60 fg.

befindliche Abhandlung angezogen, in welcher die Frage, ob die Intervention durch Einlösung des Ehrenaccepts ohne Protest nach Art. 62 und 63 der allgemeinen deutschen Wechselordnung zulässig sei, bejahend

Digitized by Google

beantwortet ist. Allein man hat der zweiten Instanz darin beizustimmen gehabt, daß die erwähnte Abhandlung, mit deren Ergebnisse auch

Hoffmann, ausführl. Erläuterung der allgem. deutschen Wechselordnung, S. 481 fg.

übereinstimmt, die gegenwärtig zu entscheidende concrete Frage nicht berührt. Es wird darin allenthalben vorausgesetzt, daß die Einlösung des Wechsels von dem Bezogenen nicht zu erlangen, mithin der Fall eingetreten sei, in welchem die Befriedigung des Wechselinhabers und überhaupt die Abwickelung des Wechselgeschäfts nur vermittelst einer im Interesse aller Betheiligten liegenden Intervention möglich ist, gleichviel ob die Letztere durch Ehrenaccept, beziehentlich durch eine auf dem Wechsel befindliche Nothadresse bereits angerufen oder auch von einem ohne alle Verpflichtung oder Auftrag zu Einlösung des Wechsels sich meldenden Dritten angeboten sei. Diese Voraussetzung ist eine wesentliche. Die Intervention ist das gesetzlich anerkannte Mittel, einem nothleidenden Wechsel unter thunlichster Ersparung der Kosten und Weiterungen des Regresses im Interesse aller Betheiligten auf kürzestem Wege zu Hülfe zu kommen, und es mag vielleicht — was jetzt nicht näher zu erörtern ist — da, wo die Nothwendigkeit einer derartigen Hülfeleistung unzweifelhaft vorliegt, in Gemäßheit der Dispositionen der allgemeinen deutschen Wechselordnung Art. 62—64 verbunden mit Art. 41 unbedenklich erscheinen, dem Ehrenacceptanten, Nothadressaten oder zur Intervention bereiten Dritten, sowohl die Zahlung des Wechsels vor der Protesterhebung zu gestatten, als die Protesterhebung selbst zu überlassen, ohne daß hierdurch die Folgerung gerechtfertigt wird, es bleibe auch dem Ermessen des Bezogenen, welcher den Wechsel ohne Anstand bezahlt hat, anheimgestellt, noch nach der Einlösung zu bestimmen, ob er als Bezogener oder als Intervenient gezahlt haben wolle. Im gegenwärtigen Falle fehlt es aber gerade an der Bedingung der Intervention, dem Nothleiden des Wechsels, da man, wie oben gezeigt, aus der anstandlosen Zahlung am Verfalltage vielmehr zu der Voraussetzung gelangen muß, daß der Wechsel in Ordnung gegangen sei. Der Bl. — erwähnte Fall, wenn der Bezogene den durch Giro vor Verfall an ihn gelangten Wechsel an sich behält, und erst kurz vor Ablauf der Protestfrist zu Ehren eines Indossanten unter Protest intervenirt, unterscheidet

Digitized by Google

sich von der hier vorliegenden Frage offenbar darin, daß es in jenem bei dem Zusammentreffen des Bezogenen und Inhabers in einer Person an einem in die äußere Erscheinung tretenden Merkmale, ob der Wechsel ordnungsmäßig gehe oder nicht, bis zum Augenblicke der Protesterhebung mangelt.

Wenn endlich Kläger Bl. — noch aus dem Geschäftsgange, namentlich größerer Bankgeschäfte, nachzuweisen suchen, daß der Bezogene nicht immer sofort auf Vorlegung des Wechsels sich bestimmen könne, ob er als Bezogener oder als Intervenient zahlen wolle, und daß ihm deshalb zur Entschlußfassung hierüber bis zum Ablaufe der Protestzeit billiger Weise Frist zu gestatten sei, so ist dagegen zu erwägen, daß dem möglichen Interesse der Bezogenen, ihre Entschließung in suspenso zu lassen, unstreitig das Interesse aller übrigen Wechselverbundenen, namentlich der Indossanten, gegenübersteht, über das Schicksal des Wechsels sobald als möglich entschieden zu wissen, um demnach ihrer Seits die mit Rücksicht auf den etwaigen Regreß zweckdienlichen Maßregeln treffen zu können. Daß die Indossanten kein Recht darauf haben, eher als nach Ablauf der Protestfrist von dem Nichteingange des Wechsels benachrichtigt zu werden, schließt die Möglichkeit früherer Kenntnißnahme bekanntlich nicht aus. Auch der Bezogene hat kein Recht, die Honorirung des Wechsels bis zum Ablaufe der Protestzeit im Ungewissen zu lassen, nur dem Wechselinhaber steht das Befugniß zu, ihm solches zu gestatten. Daß gerade das Particularinteresse des Bezogenen das gemeinsame Interesse der übrigen Betheiligten überwiegen müsse, läßt sich daher um so weniger behaupten, als die im Gegenfalle für den Bezogenen entstehenden Uebelstände selbst nach der Darstellung der Kläger nicht so erheblich oder unvermeidlich erscheinen, daß ihnen die hauptsächliche Rücksicht, die schnelle, ordnungsmäßige Abwickelung des Wechselgeschäfts für alle Betheiligten, schlechthin untergeordnet werden dürfte.

Nach dem Allen hat man der zweiten Instanz in der Ansicht, daß das im Eingange erwähnte Vorbringen der Beklagten materiell relevant sei, vollständig beizupflichten gehabt.

Digitized by Google

18.

Mora des Verkäufers beim Lieferungskaufe zwischen entfernt wohnende Contrahenten.

II. Sen.-Erk. v. 6. Mai 1862 no. 297/273.*)

Wenn von beiden vorigen Instanzen angenommen worden ist, es habe Kläger zu Begründung seines Anspruchs auf Rückzahlung des von ihm dem Beklagten abschläglich gezahlten Kaufgeldes darauf sich beziehen müssen, daß er zur Empfangnahme der erhandelten 100 Wispel Roggen unter thatsächlicher Oblation des Kaufgelderrestes bei dem Beklagten an dessen Wohnorte sich angemeldet habe und daß, da solches nicht geschehen, nicht übersehen werden könne, ob der Verzug, den er dem Beklagten beimißt, nicht von ihm selbst verhangen worden sei, so hat Man hiermit in jetziger Instanz Sich nicht einverstehen können. Zwar gilt, wie beim Kaufe im Allgemeinen, so auch insonderheit beim Waarenhandel, der Grundsatz als Regel, daß die Erfüllung gegenseitig, Zug um Zug geschehen müsse, als weshalb derjenige, welcher aus einer Säumniß des anderen Contrahenten in der Vertragserfüllung Rechte für sich ableitet, selbstverständlich nicht selbst im Verzuge sein darf. Zu diesem Ende hat solchenfalls der Verkäufer darauf, daß er zur festgesetzten Zeit zur Uebergabe des Kaufobjects bereit gewesen sei, sich zu berufen, wie andererseits der Abkäufer, abgesehen von dem Falle der Gestundung, zur Zahlung des Kaufgeldes, in jedem Falle aber zur Abnahme der Waare sich erboten haben muß. Anders gestaltet sich indessen das

*) Nachdem Beklagter das aus den obstehenden Rationen S. 378 a. E. ersichtliche Lieferungsgeschäft durch Lieferung rechtzeitig nicht erfüllt hatte, forderte Kläger die durch ein Accept darauf geleistete Anzahlung der 600 Thlr. zurück, indem er vom Handel gänzlich zurücktreten zu wollen erklärte. I^ma und II^da hatten die Klage in der angebrachten Maße abgewiesen; allein das OAG. reformirte (Rationen im Text) und wurde ein an sich zulässiges Rechtsmittel zur IV^ta nicht eingewendet. Im Uebrigen ist nur noch zu gedenken, daß dasjenige, was in der Klage als Inhalt der Berliner Usance angeführt und zum Beweise ausgesetzt worden, nunmehr aus dem HGB.'e Art. 255 als gemeines Recht folgt. — Vergl. auch diese Annalen Bd. V. S. 380.

Digitized by Google

Verhältniß, so viel die Zeit der Erfüllung betrifft, wenigstens beim sogenannten Lieferungshandel dann, wenn die Wohnorte der Contrahenten von einander entfernt sind. Hier nämlich kann der Verkäufer, daß ihm das Kaufgeld Zug um Zug entrichtet werde — dafern nicht Vorausbezahlung desselben ausdrücklich bedungen worden — nur dann fordern, wenn er die Waare an einen Dritten am Wohnorte des Käufers sendet, damit jener sie diesem gegen Zahlung aushändige, weil, abgesehen hiervon, dem entfernt wohnenden Käufer nicht zugemuthet werden kann, eher zu bezahlen, als bis er in der Lage sich befindet, Qualität und Beschaffenheit der Waare prüfen und hiernach beurtheilen zu können, ob der Verkäufer den Contract gehörig erfüllt habe.

Vergl. Treitschke, der Kaufcontract, §. 62. S. 139 flg.

Der entfernt wohnende Abkäufer hat daher in Fällen solcher Art in der Regel vorerst zu erwarten, ob der Verkäufer, welcher sonach mit der Erfüllung den Anfang zu machen hat, gehörig liefern werde. Denn bevor er dieses weiß, ist demselben auch die Realoblation des Kaufgeldes, welche ohnehin bei dem Mangel dahin abzielender specieller Verabredungen unter von einander abwesenden Personen ihre Schwierigkeit hat, ebensowenig anzusinnen, wie in der Regel wenigstens die Abholung der Waare am Orte des Verkäufers. Wie vielmehr solchenfalls den Verkäufer der Vorwurf des Verzugs trifft, wenn er die von auswärts her an den Abkäufer zu übersendende Waare nicht rechtzeitig absendet (verladet), resp. nicht rechtzeitig liefert,

Vergl. Brinckmann, Lehrbuch des Handelsrechts, fortgesetzt von Endemann, §. 97. unter 4. S. 371.

so genügt auch nach der Ansicht des OAG.'s solchenfalls schon die einfache Unterlassung rechtzeitiger Lieferung auf Seiten des Verkäufers, um ihn für die Folgen des Verzugs dem abwesenden Abkäufer gegenüber verantwortlich zu machen.

Vergl. Zeitschrift für Rechtspflege ꝛc. Bd. XXI. Seite 361 fg.

Ein solcher Fall ist der jetzt vorliegende. Beide Theile wohnen an verschiedenen Orten, Kläger in Pr., Beklagter ist Getreidehändler in Dr. Gegenstand des Handels sind 100 Wispel Roggen. Ueber den Ort, wo das Getreide zu übergeben, resp. abzunehmen war, ent-

Digitized by Google

hält die Klage nichts, vielmehr findet sich in ihr nur die Behauptung, Beklagter habe gedachte Quantität Roggen, den Wispel zu 52 Thalern dem Kläger verkauft, und solche in den Monaten October und November 1858 dem Kläger „nach Berliner Börsenusance zu liefern" versprochen, dagegen eine Anzahlung dafür im Belaufe von 600 Thlrn. —= —= durch Annahme des der Klage beigefügten Accepts des Klägers sofort hierbei sich ausbedungen und auch erhalten; eine Vereinbarung, welche, wie Kläger mit Recht annimmt, in Verbindung mit den oben dargelegten Grundsätzen es nicht füglich bezweifeln läßt, daß unerwartet einer besonderen Anmeldung Klägers zur Empfangnahme des Getreides am Wohnorte Beklagtens und unerwartet einer Seiten desselben zu bewirkenden Realobligation des Kaufgeldrestes Beklagter dem Kläger das Getreide binnen der angegebenen Frist „ins Haus zu liefern hatte". Wäre indessen dem auch nicht so, vielmehr dem Beklagten beizutreten, wenn er, in Anwendung der allgemeinen über den Ort der Erfüllung beim Kaufvertrag gültigen Grundsätze, wie solche in den von ihm angezogenen Entscheidungen unter anderer Gestaltung der Fälle auch vom Oberappellationsgericht zur Anwendung gebracht worden sind, davon ausgeht, daß der Handel am Wohnorte des Beklagten zu erfüllen gewesen wäre und Kläger die Verpflichtung auf sich gehabt habe, dasselbe dort bei dem Beklagten abzuholen, so würde auch solchenfalls dem Kläger immer noch der Umstand zu Statten kommen, daß ein bestimmter Lieferungstag gar nicht ausgemacht gewesen ist, indem dem Beklagten, wie die Klage wenigstens besagt, nachgelassen war, die 100 Wispel Roggen in den Monaten October und November 1858 zu liefern. Hiernach hing es lediglich von dessen Willkür ab, an welchen Tagen innerhalb der angegebenen zweimonatlichen Frist und beziehentlich wie viel auf einmal er liefern wollte, wenn er nur bis zu Ende des Monats November die ganze Getreidequantität richtig dem Kläger gewährte. Ist dieses aber der Fall, so liegt es in der Natur der Sache, daß er auf alle Fälle wenigstens dem Kläger die Zeit einer von ihm beabsichtigten Lieferung vorher anzeigen (kündigen) mußte, weil andernfalls Kläger — angenommen sogar, dieser wäre zur Abholung verbunden gewesen — gänzlich außer Stande gewesen sein würde, seine Verpflichtung hierunter zu erfüllen; man

Digitized by Google

müßte denn annehmen, daß derselbe auf die bloße Möglichkeit hin, es könne Beklagter vielleicht liefern wollen, also geradezu aufs Ungewisse hin, innerhalb der ganzen zweimonatlichen Frist unausgesetzt mit den nöthigen Transport- und Zahlungsmitteln am Wohnorte des Beklagten habe zur Hand sein und fort und fort bei Letzterem vorfragen müssen; eine Annahme, welche offenbar nicht zu rechtfertigen sein würde.

Nun hat aber Beklagter eingeräumt, innerhalb der angegebenen Frist den verkauften Roggen dem Kläger weder ganz noch zum Theile geliefert zu haben. Zu dessen Lieferung bereit gewesen zu sein und den Kläger zur Abholung aufgefordert zu haben, behauptet er selbst nicht und so wenig hiernach darüber, daß er seit dem Ablaufe des Monats November 1858 im Verzuge sich befindet, ein erheblicher Zweifel obwalten kann, so gewiß würde zufolge der beim Lieferungshandel über marktgängige Waaren in der Praxis gültigen Grundsätze,

vergl. die angezogene Zeitschrift N. F. Bd. XVIII. Seite 73. Annalen des OAG.'s, Band 1. Seite 336 und Seite 476.

dem nicht in mora befindlichen Kläger freigestanden haben, nunmehr ohne Weiteres auf Schadenersatz zu klagen. Derselbe war jedoch nicht minder befugt, anstatt eine Klage auf Naturalerfüllung oder auf das id, quod interest zu richten, einseitig vom Vertrage abzugehen und, sowie geschehen, das von ihm durch Einlösung seines Accepts abschläglich gezahlte Kaufgeld von 600 Thlrn. — = —=, dessen Empfanges Beklagter geständig ist, zu condiciren, wenn auch nicht — wie beiläufig hier eingeschaltet werden mag — schon an sich betrachtet,

vergl. die letztangezogene Stelle der Zeitschrift,

so doch gewiß dann, wenn es wahr sein sollte, daß die in der Klage erwähnte Berliner Börsenusance, nach welcher gehandelt worden sein soll, und welche daher offenbar als maßgebend für die Beurtheilung des Rechtsverhältnisses betrachtet werden muß, bei Lieferungskäufen der hier fraglichen Art dem Abkäufer für den Fall nicht pünktlicher Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen Seiten des Verkäufers die Wahl gestattet, ob er seinerseits entweder von dem Geschäfte zurücktreten, oder das Getreide durch einen vereideten Mäkler

Digitized by Google

ankaufen lassen will, und sodann die eintretenden Falles sich ergebende Preisdifferenz von dem Verkäufer als Schadenersatz zu verlangen. Unter dieser Voraussetzung erachtet das OAG. das Vorbringen des Klägers in Ansehung des Eintritts der lex commissoria ebenso beachtenswerth, wie das Klagvorbringen im Allgemeinen fundirt und hatte Man, in Betracht, daß die Existenz des erwähnten Handelsgebrauchs von dem Beklagten nicht eingeräumt worden ist, dem Kläger zunächst insoweit den Beweis aufzulegen.

19.

Der Verkäufer kann der Einrede des nicht erfüllten Vertrags nicht dadurch begegnen, daß er — ohne Verzug des Käufers — die Waare für dessen Rechnung verkauft habe.

II. Sen.-Erk. v. 2. Jan. 1863 no. 890/871 von 1862.*)

Nach dem, was über das Factische liquid vorliegt, hängt die

*) Kläger liquidirten in L.'s Creditwesen den Betrag von 4 vom Cridar seiner Zeit acceptirten, jedoch nicht eingelösten Tratten, welche sie als Deckung des Kaufpreises für ihm verkauften Tabake auf ihn gezogen gehabt, abzüglich ihnen auf anderem Wege gewordener Deckung. Der Curator hatte die Einrede des nicht erfüllten Vertrags vorgeschützt und es war auf deren Beweis rechtskräftig erkannt. Daß der Cridar 75 Seronen der ihm verkauften Tabake von den Klägern nicht geliefert erhalten, wurde im Beweise liquid und es war daher der Beweis an sich als vollführt anzusehen. Im Gegenbeweise suchten jedoch Kläger diese Nichtlieferung dadurch in ein anderes Licht zu stellen, daß sie, — als ihnen über die Einlösung der Accepte Bedenken erwachsen — die bei ihnen für den Cridar annoch lagernden 75 Seronen für dessen Rechnung, jedoch mit einem Verluste verkauft, welcher eben im Wesentlichen den liquidirten Betrag repräsentire. Die materielle Frage war nun die, in wiefern sie diesen Verkauf als Erfüllung geltend machen könnten und darüber wurde sich in den Rationen der im Resultate mit den früheren Instanzen conformen III^ia in der im Texte ersichtlichen Maße gegen den Kläger ausgesprochen, übrigens die im Eingange desselben enthaltene Bezugnahme auf das Decisivresc. v. 4. Sept. 1669 ꝛc. unter Hinweis darauf zurückgewiesen, daß im Sinne dieser Gesetze und beziehentlich auch der Auslegung der Praxis (Annalen Bd. V. 390 fg.) nicht Kläger als vom Cridare mit Wechseln belegt, resp. als Commissionaire gelten könnten, vielmehr der entgegengesetzte Fall, daß Kläger den Cridar mit Wechseln belegt, vorliege.

Digitized by Google

Entscheidung der Sache von der Frage ab, ob und inwieweit Kläger zu diesem Verkaufe ohne Verletzung ihrer Vertragsverpflichtungen aus dem ursprünglichen Handel und mit der Wirkung berechtigt gewesen seien, daß der Cridar oder dessen Gläubigerschaft den dadurch entstandenen Verlust zu tragen habe.

Kläger haben dies dadurch nachzuweisen gesucht, daß sie den fraglichen Verkauf als eine hinter der Erfüllung des ursprünglichen Handels liegende Operation, zu welcher sie als mit Wechseln belegte Commissionaire beziehentlich Depositare der Waare in Gemäßheit des Decisivrescripts vom 4. September 1669, sowie Art. 34 der Leipziger Wechselordnung in Verbindung mit §. 10 des Gesetzes vom 25. April 1849 befugt gewesen seien, darstellen. Sie machen in dieser Beziehung jetzt geltend, daß sie die verkaufte Quantität Tabak durch Abwägen aus ihrem Tabakslager ausgeschieden und mit besonderer Bezeichnung versehen, dem Cridar darüber Factura mit Gewichtsspecification zugesendet, sodann aber, nachdem er sie gebeten, den Tabak für ihn auf freies Lager zu halten, diesem Gesuche entsprochen und lediglich in seinem Namen in Folge constituti possessorii Besitz ausgeübt, mithin dem Cridar Besitz und Eigenthum der Waare verschafft und ihrer Seits den Kauf vollständig erfüllt hätten.

Die Thatsachen, auf welche Kläger sich hierunter bezogen haben, sind in dem Gegenbeweise überhaupt nicht ausgeführt und wenn demnach für die gegenwärtige Entscheidung nur dasjenige in Betracht kommen kann, was Beklagter selbst im Beweise hinsichtlich des Handelsabschlusses und der Lieferung der Waare angegeben hat, so stellt sich

a.

die behauptete Ausscheidung der Waare, sowie die Zusendung einer Factura mit Gewichtsspecification nach Lage der Sache als einflußlos dar. Abgesehen davon, daß Inhalts der Bew.-Art. 34—38 die fraglichen 100 Seronen Tabak als eine damals bei den Klägern als bereits abgeschlossene species lagernde Quantität erscheinen, welche nicht der Ausscheidung aus einem genus, sondern nur der Abwägung oder Abmessung bedurft hat, um den dafür vom Cridar bewilligten, lediglich für das einzelne Pfund, nicht für die ganze Partie bestimmten Kaufpreis zu fixiren, ist die feste Begränzung des Kaufobjects,

Digitized by Google

beziehentlich Kaufpreises, durch Ausscheidung und Abmessung überhaupt nur für die Frage der Perfection des Vertrags und des Ueberganges der Gefahr auf den Käufer

l. 35. §. 5 D. de contr. emt. (18. 1.)

l. 2. C. de peric. et commod. rei vend. (IV. 48.)

wichtig. Beides ist hier unbestritten, die Parteien sind über den gültigen Vertragsabschluß und die volle rechtliche Wirksamkeit desselben einverstanden, auch bleibt eine casuelle Vernichtung oder Beschädigung der Waare außer Frage.

Soviel aber

b.

die Behauptung anlangt, daß Kläger die Waare lediglich als Depositare oder Beauftragte des Cridar in Verwahrung behalten hätten, so geht aus Bew.-Art. 35—37 etwas Weiteres nicht hervor, als daß einerseits der Gemeinschuldner mittels Briefs vom 7. November 1856 die ihm von Klägern zu dem Preise von 29 Grot pro Pfund offerirte Partie Tabak zu acceptiren mit dem Bemerken erklärt habe,

> die Ambalema bitte ich für mich auf freies Lager zu halten und werde ich später darüber nach und nach verfügen,

andererseits die Kläger hiermit durch Uebersendung der Factur sammt Gewichtsspecification sich stillschweigend einverstanden gezeigt haben. Ist nun aber Verkäufer bis zu der Tradition des Kaufobjects, dafern nicht der Abkäufer in der Abnahme säumig ist, zu dessen Aufbewahrung mit der Sorgfalt eines diligens pater familias schon gesetzlich verpflichtet,

§. 3. J. de emt. vend. (3. 23.)

l. 35. §. 4. D. de contr. emt. et vend.,

so kann daraus allein, daß Kläger die verkaufte Quantität Tabak noch nach dem Handelsabschlusse auf Lager behalten haben, noch keineswegs auf eine außerhalb ihrer Vertragsverpflichtung aus dem Kaufe liegendes, von demselben völlig getrenntes Rechtsverhältniß geschlossen und eben sowenig das Gebahren des Gemeinschuldners, welches sie dazu veranlaßt hat, ohne Weiteres als eine ungerechtfertigte, unter den Begriff des Verzugs fallende Säumniß in Abnahme der Waare betrachtet werden. Anstatt die sofortige Uebergabe der Waare zu

Digitized by Google

verlangen, beziehentlich die wegen deren Zusendung erforderliche Ordre zu ertheilen, hat der Käufer den Verkäufern die fernere Bewahrung desselben angesonnen, und die Letzteren sind auf dieses, ihre gesetzliche Verbindlichkeit zur custodia auf unbestimmte Zeit erweiternde Verlangen eingegangen. Daß sie sich zwar zu der ferneren Bewahrung und Lagerung der Waare, keineswegs aber in ihrer bisherigen Eigenschaft als Verkäufer, sondern unter Enthebung von ihrer diesfallsigen Verbindlichkeit und in Beziehung auf ein neues Vertragsverhältniß, als Depositare oder Mandatare Käufers, sich verstanden, haben Kläger nicht zu behaupten vermocht und insbesondere sich nirgends darauf bezogen, daß nach dem im Handelsverkehre allgemein üblichen oder bei Handelsgeschäften der vorliegenden Art bestehenden besonderen Gebrauche das Anverlangen des Käufers, sowie ihr Eingehen auf selbiges anders als in diesem Sinne gar nicht habe verstanden werden können. Nach dem Wortlaute der oben ausgehobenen Aeußerungen des Cridars im Briefe vom 7. November 1856, kann man nur annehmen, daß die Contrahenten darüber einverstanden gewesen sind, es solle die Uebergabe und Abnahme der Waare bis auf weitere Entschließung Abkäufers suspendirt bleiben, insbesondere die Uebergabe nur verschoben oder gestundet sein, nicht etwa für bereits bewirkt oder erfolgt angenommen werden. Keinerlei sonstiges Moment weist auf die Annahme hin, daß ungeachtet der ostensibel ganz unverändert gebliebenen äußeren Sachlage das Rechtsverhältniß der Contrahenten in ihren gegenseitigen Beziehungen umgestaltet worden sei und wie überhaupt Novationen bekanntlich nicht zu vermuthen sind, so darf insbesondere die Innehabung einer Sache, welche aus einem andern Vertragsverhältnisse als dem des eigentlichen Depositenvertrags entsprungen ist, nicht ohne Weiteres auf das zuletztgedachte Rechtsverhältniß zurückgeführt werden, vielmehr bleibt in der Regel das ursprüngliche Rechtsverhältniß maßgebend, so lange nicht dessen Uebergang in einen Verwahrungscontract unzweifelhaft sich ergiebt (arg. l. 8. pr. D. mand.). Die Meinung der Kläger, daß der von ihnen unternommene theilweise Weiterverkauf der Waare das ursprüngliche Kaufsgeschäft nicht berühre, weil er erst nach ihrer Seits vollständiger Erfüllung des Letzteren stattgefunden habe, stellt sich hiernach als irrig und unbegründet dar und es folgt daraus zugleich die Be-

Digitized by Google

stätigung des dem Beklagten obliegenden Beweissatzes, daß Kläger die Valuta der betreffenden Wechsel nicht gewährt, vielmehr über das Kaufsobject vor dessen vertragsmäßiger Tradition anderweit verfügt haben.

Die vorigen Instanzen haben außerdem die Berechtigung der Kläger zu dieser Verfügung auch insoweit, als solche unter Umständen dem Verkäufer vor erfolgter Lieferung oder Abnahme der Waare zusteht, geprüft und mit Rücksicht auf die vorliegenden Umstände verneint. Was hierüber Bl. und Bl. gesagt ist, findet in den Ausführungen der Kläger keine Widerlegung. Ganz abgesehen davon, ob Kläger den im Bew.-Art. 51 gedachten Brief vom August 1857 empfangen haben und ob sie durch denselben zu der weiteren Lieferung der Waare in einer Weise aufgefordert worden seien, daß die demungeachtet vorgenommene Weiterveräußerung schon für sich das Einverständniß mit Wiederaufhebung des Handels ausdrücke, oder in Folge der erst nach der anderweiten Veräußerung mittels Briefs vom 5. September 1857 erklärten Protestation den Charakter einer für Rechnung des Käufers unternommenen Dispositon habe annehmen können — ist durch das Zugeständniß zu Bew.-Art. 50 außer Zweifel gesetzt, daß Kläger schon vor dem obenbezeichneten Briefe von dem Cridar zu fernerer Ueberlieferung von 10 Seronen brieflich aufgefordert worden sind, gleichwohl weder die verlangte Sendung bewirkt, noch überhaupt diese Aufforderung irgendwie beantwortet haben. Auch wenn daher ein weiterer schriftlicher Verkehr unter den Betheiligten nach dem nurgedachten Briefe überhaupt nicht stattgefunden haben sollte, bleibt immer soviel dem Acteninhalte nach gewiß, daß bis zu der vor dem 5. September 1857 erfolgten anderweiten Disposition über die Waare nicht der Cridar in deren Abnahme, sondern Kläger in der Lieferung und Uebergabe sich säumig gezeigt haben und es ist nicht abzusehen, wie letztere aus dem auf ihrer Seite entstandenen Verzuge das Recht erworben haben können, den Cridar als morosen Abnehmer zu behandeln und aus diesem Grunde sich ihrer Verpflichtung aus dem Kaufe für entbunden zu achten, daneben aber den vollen Kaufpreis als id quod interest zu fordern. Von Ausübung eines sogenannten qualificirten Retentionsrechts ex vendito, auf welches Kläger in Bew.-Art. 75 sich berufen, kann unter diesen Um-

Digitized by Google

ständen um so gewisser nicht die Rede sein, als Inhalts des 36. Bew.-Art. auf 6 Monat Zeit gehandelt worden ist, mithin Käufer in Bezug auf Berichtigung des Kaufpreises erst nach Ablauf der Zahlungsfrist und zwar nur dann in Verzug gerathen konnte, wenn Kläger zu Ueberlieferung der Waare gegen dessen Zahlung sich bereit gezeigt, nicht aber, wie schon erwähnt, dieselbe ohne allen Grund und ohne Beziehung auf ein Retentionsrecht verweigert hätten.

II. Römisches und Sächsisches Civilrecht.

41.

Rechtsverhältniß in Bezug auf an der Grenze benachbarter Grundstücke stehende Hecken und Bäume. — Wurzeln.*)

II. Sen.-Erk. v. 16. Jan. 1863 no. 943/900.

Klägers Suchen, so weit es auf Beklagtens Verurtheilung zu Wegschaffung derjenigen Wurzeln, welche von den auf des letzteren Grund und Boden stehenden Erlenbäumen in seinen, Klägers, Grund und Boden herübergedrungen sind, beziehentlich zu Vergütung der diesfallsigen Schäden gerichtet worden, ist in dem Instanzbescheide unter Beistimmung der zweiten Instanz in der angebrachten Maße abgewiesen worden, weil die römisch-rechtliche Bestimmung de arboribus caedendis in Sachsen keine Geltung habe, vielmehr nach den Grundsätzen des sächsischen Rechtes die in die fremde Luftsäule überhängenden Aeste in das Eigenthum des Eigenthümers der Luftsäule, in welche sie überhängen, gelangen und diese Bestimmung des sächsischen Rechtes analoge Anwendung auf die in fremden Boden überlaufenden Wurzeln zu finden habe, folglich Kläger als Grundstücksnachbar diese Wurzeln abzuschneiden berechtigt sei und den in Folge unter-

*) Vergl. bürgerl. Ges.-Buch §. 362.

Digitized by Google

lassener Ausübung dieses Rechtes entstandenen Schaden als selbst verschuldeten zu tragen habe. Kläger bestreitet nun in jetziger Instanz zwar nicht die Richtigkeit der von erster Instanz angezogenen Rechtsgrundsätze in Beziehung auf die herüberhängenden Zweige und Aeste, wohl aber die Zulässigkeit analoger Anwendung derselben auf die Wurzeln der fraglichen Bäume, indem er vielmehr aus der allgemeinen Reception des römischen Rechtes die fortdauernde Geltung der betreffenden Vorschriften desselben in jeder Hinsicht behauptet, in welcher sie nicht, wie bezüglich der Aeste und Zweige geschehen, durch das Particularrecht ausdrücklich aufgehoben worden sei.

Dieser Argumentation hat man jedoch in jetziger Instanz nicht beitreten können.

Das römische Recht geht bekanntlich von dem Grundsatze aus, daß der Eigenthümer des Bodens auch Eigenthümer des in demselben festgewurzelten Baumes mit seinen Bestandtheilen und Zubehörungen ist und selbst insoweit bleibt, als die Letzteren auf fremdem Grund und Boden überhängen.

l. 7 §. 13, l. 8 pr., l. 26 §. 2 D. de acqu. rer. dom. (41. 1.)
l. 40 D. d. act. emt. & vend. l. 44 D. de rei vind. (6. 1.)

Sein Eigenthum in dieser letzteren Beziehung äußert sich, so viel die Früchte anlangt, in dem Rechte, den sog. Ueberfall auf dem Grundstücke des Nachbars unter gewissen Beschränkungen zu sammeln.

l. un. D. de gland. leg. (43. 28.)

und so viel die auf Letzteres überhängenden Aeste betrifft, darin, daß der Nachbar, außer der actio negatoria gegen die in dem Ueberhängen der Zweige liegende Immission einer fremden Sache,

l. 2 D. de arbor. caed. (43. 27.)

kein aus seinem Eigenthum am Grund und Boden folgendes Recht auf den Ueberhang hat, sondern nur dessen Entfernung durch den Eigenthümer des Baumes verlangen und erst im Weigerungsfalle sich selbst dieser Beseitigung unter Aneignung des abgehauenen Holzes unterziehen darf.

l. 1 §. 1, 2, 6 D. de arbor. caed.

Auch in Beziehung auf die in das Nachbargrundstück eingedrungenen Wurzeln des Baumes waltet im Wesentlichen dasselbe Rechtsverhältniß ob, der Nachbar darf sich daran nicht eigenmächtig ver-

Digitized by Google

greifen, sondern nur den Eigenthümer des Baumes wegen des Uebergriffes actione negatoria belangen, doch wird ihm auch das interd. de arbor. caed. und zwar analog gestattet, weil dasselbe zunächst blos gegen das Ueberhängen des Baumes und seiner Zweige (impendere) nicht gegen das Uebergreifen der Wurzeln gegeben war.

l. 6. §. 2 D. arbor. furt. caes. l. 1. C. de interd. (VIII. 1.)

Beider Rechtsmittel hätte es nicht bedurft, wenn nicht das Eigenthum am Stamme des Baumes auch in Ansehung der Wurzeln als fortbestehend angesehen worden wäre.

Von anderen Principien geht das gemeine Sachsenrecht aus, indem es

Landrecht, Buch II. Art. 52.

Magdeburg, Weichbilde Art. 125. 126.

dem Nachbar, auf dessen Grundstück die Aeste eines fremden Baumes herüberhängen, nicht nur den sog. Fruchtüberfall überläßt, sondern auch das eigenmächtige Abhauen der Aeste, ohne vorgängige Benachrichtigung des Eigenthümers des Baumes, gestattet, und zwar nicht etwa aus blos polizeilichen, landwirthschaftlichen Rücksichten, sondern auf Grund des Eigenthums, welches dem Eigenthümer des Nachbargrundstückes an den überhängenden Aesten mit Früchten ausdrücklich zugesprochen wird. Der Widerspruch dieser Bestimmungen, welche das Eigenthum des Bodens, auf dem der fremde Baum herüberragt, als entscheidend für das Eigenthum am Ueberhange betrachten, gegen die Vorschriften des römischen Rechtes, welches das Eigenthum am Stamme des Baumes prävaliren läßt, liegt am Tage und für die Lande des sächsischen Rechtes ist daher die Unanwendbarkeit des römischen Rechtes bezüglich des jus glandis legendae und des interdict. de arbor. caed. theoretisch außer Zweifel, auch in der Praxis unbestritten.

Curtius, Handbuch Bd. II. §. 536.

Haubold, Lehrbuch §. 362 d.

Wochenblatt für merkw. Rechtsf. Jahrg. 1843, S. 14.

Annalen des OAG.'s Bd. II., S. 160 fg.

Daraus aber, daß die oben angezogenen landrechtlichen Vorschriften mit ausdrücklichen Worten nur von den Aesten und Früchten des Baumes sprechen, kann einleuchtender Weise nicht, wie Kläger

Digitized by Google

verlangt, der Schluß gezogen werden, daß in Ansehung der Wurzeln des Baumes das römische Recht zu gelten habe. Das landübliche sächsische Recht geht bekanntlich dem römischen Rechte in Collisionsfällen in der Regel vor und die Annahme allgemeiner Reception des Letzteren berechtigt nicht zu der Folgerung, daß da, wo eine principielle Verschiedenheit beider Rechte stattfindet, das Sachsenrecht zwar in Beziehung auf die ausdrücklich festgestellten Folgesätze seines Princips überwiege, im Uebrigen aber die Consequenzen zu gelten haben, welche das römische Recht aus seinem abweichenden Grundsatze gezogen hat. Das römische Recht kann eben insoweit, als es mit dem Landrechte grundsätzlich collidirt, nicht für recipirt angesehen werden und einzelne, mit dem Grundsatze zusammenhängende Bestimmungen desselben würden daher nur dann und insoweit Geltung haben, als ihre ausdrückliche Reception oder besondere gesetzliche Billigung nachgewiesen werden könnte. Dies ist aber, so viel die Frage des Eigenthums an den in das Nachbargrundstück eingedrungenen Wurzeln eines fremden Baumes anlangt, nicht der Fall, auch von dem Kläger selbst nicht behauptet worden. Erkennt daher das Landrecht das Eigenthum an den überhängenden Aesten und Früchten dem Eigenthümer des Nachbargrundstückes zu, so kann die Erstreckung dieses Eigenthums auf die Wurzeln desselben Baumes nicht in Zweifel gezogen werden, im Gegentheile werden die Letzteren gerade dem natürlichen Verstande, ganz abgesehen von den geltend gemachten Erwägungen, sogar noch weit eher als Aeste und Früchte, als Bestandtheile des Bodens erscheinen, in welchen sie herübergewachsen sind und aus welchen sie naturgemäß ihre Nahrung ziehen. Wo daher das Landrecht als Particularrecht dem römischen Rechte vorgeht, da ist auch die Geltung desselben in Beziehung auf die Wurzeln nicht weniger als in Betreff der Aeste des vom Nachbargrundstücke herüberhängenden Baumes anzunehmen.

Gerber, deutsches Privatr. §. 91. 3., S. 226.

Ganz richtig haben demzufolge die vorigen Instanzen dem Kläger das Recht, den Beklagten zu Beseitigung der nicht ihm, sondern Klägerm zugehörigen Wurzeln zu nöthigen, abgesprochen, als wodurch der rein accessorische Schädenanspruch von selbst sich erledigt.

Digitized by Google

42.

Zur Lehre von schädlichen Immissionen.

II. Sen.-Erk. v. 23. Januar 1863 no. 910/917 v. 1862.*)

Es erscheint die Erregung und Verbreitung von Kalkstaub in einem solchen Grade erwiesen, daß die Immission desselben auf Klägers Grundstück als Ursache der behaupteten erheblichen Benachtheiligung desselben füglich betrachtet werden kann und den Versicherungen der Sachverständigen zufolge betrachtet werden muß. Wäre auch, wie Beklagter Bl. annimmt, die regelmäßige Kalkverladung der Zeit nach auf die Monate März bis Mai und Anfang August bis Mitte October jeden Jahres beschränkt geblieben und hätte sie das Quantum von 50—60 Fudern wöchentlich nicht überstiegen, so könnte doch die Zuführung des dadurch erregten Kalkstaubes sicher nicht als eine geringe, das Maß des Gewöhnlichen nicht überschreitende Belästigung des davon betroffenen Nachbargrundstückes in dem Sinne gelten, daß dem Eigenthümer des Letzteren nach

l. 8 §. 6 D. si serv. vind. (8. 5.)

ein Klagrecht zum Schutze seines Eigenthums abgesprochen werden dürfte.

So viel hiernächst den Nachweis anlangt, daß der fragliche Kalkstaub auch wirklich Klägers Grundstücke in erheblich benachtheiligender Weise zugeführt worden sei, so genügt es, auf die Zeugendepositionen zu verweisen, welche durch die Bl. erhobenen Ausstellungen in keiner Weise entkräftet worden sind. Es bedarf keiner künstlichen Vorrichtung, durch welche Rauch, Kohlen- oder Kalkstaub dem Nachbargrundstücke in schadenbringender Weise unmittelbar zugeführt wird, um den Eigenthümer des Letzteren zur Klage dawider zu berechtigen, vielmehr genügt dazu das Einströmen des Rauches oder Staubes, auch wenn

---

*) Aus den Rationen der Definitive in der in diesen Annalen Bd. II., S. 330 bereits besprochenen Rechtssache, welche die von 1. und 2. Instanz ausgesprochene Verurtheilung des Beklagten bestätigte, sind, die Beurtheilung der Beweisresultate anlangend, die im Text gegebenen Sätze auszuheben gewesen.

Digitized by Google

es durch andere Umstände, z. B. durch den Wind naturgemäß vermittelt wird.

Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. XVI., S. 203 fg.

Wäre daher auch der insbesondere bei Windstille zunächst auf dem Bahnhofsareale zu Pirna selbst niedergefallene Kalkstaub erst durch den nachmals entstandenen Wind dem Grundstücke Klägers zugeführt worden, so würde doch dadurch weder der Nachtheil der Immission, noch Beklagtens Verantwortlichkeit für dieselbe aufgehoben. Immerhin liegt der Anlaß des durch die Immission verursachten Schadens in dem von dem Beklagten zu vertretenden Gebahren bei der Kalkverladung, insofern diese nicht blos, wie die Zeugen versichern, (vergl. Bl.) unter mangelhaften zum Schutze des Nachbargrundstückes unzulänglichen Vorrichtungen, sondern überhaupt in solcher Weise und Ausdehnung stattgefunden hat, daß der dadurch entstandene Staub im natürlichen Verlaufe der Dinge, wenigstens bei Ost-, Nordost- und Südost-Wind nothwendig jenes Grundstück belästigen mußte. Das an sich unschädliche Einströmen des Windes auf Klägers Grundstück ist durch die vorausgegangene von dem Beklagten zu vertretende Handlung schadenbringend geworden und Beklagter kann sich daher nicht auf die Zufälligkeit der Windrichtung berufen, um der Haftung für den in Folge derselben entstandenen Schaden zu entgehen.

l. 8 §. 1 D. ad leg. Aquil. (9. 2.)
l. 30 D. de pign. act. (13. 7.)
l. 11 §. 1 D. loc. cond. (19. 2.)

Wenn aber weiter Beklagter sich mit Erfolg noch darauf beziehen zu können vermeint, daß dem Grundstücke Klägers keineswegs blos Kalkstaub, sondern auch Straßenstaub zugeleitet worden sei, so ist ihm schon von erster Instanz mit Recht eingehalten worden, daß gegenwärtig und so lange Kläger nicht mit speciell quantificirten Ansprüchen für die durch die Kalkstaubimmission beschädigten Gegenstände hervorgetreten ist, nicht das Verhältniß des Kalkstaubes zu dem sonstigen Staube, sondern nur der Umstand in Betracht kommt, ob überhaupt Ersterer in einer Klägers Eigenthum erheblich beeinträchtigenden Weise immittirt worden sei. Daß letzteres aber in der That der Fall gewesen sei, hat die zweite Instanz aus den bezüglichen Zeugenaussagen sattsam nachgewiesen und Beklagter hat nicht vermocht, die be-

Digitized by Google

treffende Ausführung des vorigen Erkenntnisses zu widerlegen. Die Frage, ob und inwieweit durch die Immission von Kalkstaub ein bestimmter quantificirbarer Schade an den in Klägers Grundstück befindlichen Gegenständen verursacht worden sei, liegt gegenwärtig, wo blos die Vergütung erweislicher Schäden gefordert und zugesprochen worden ist, nicht vor und es wird daher auch für den Fall, daß Kläger künftig mit diesfallsigen Schädenansprüchen hervorzutreten unternehmen sollte, der Cognition über den ursachlichen Zusammenhang etwaiger Schäden mit der Kalkstaubimmission selbstverständlich in keiner Weise präjudizirt.

43.

Bei Rechten und Verpflichtungen, welche der frühere Eigenthümer eines Grundstückes an demselben bei der Veräußerung und ohne noch auf den neuen Erwerber das Eigenthum übergegangen ist, für sich selbst oder zu Gunsten eines Dritten **reservirt** hat, bedarf es zu Begründung der Dinglichkeit nicht der Quasitraditio.

II. Sen.-Erk. v. 13. Jan. 1863 no. 672/888.

(Der Satz wurde, als nach unzweifelhaftem Gerichtsbrauche bestehend, unter Verweisung auf

Heyne, Commentar zum Hypothekengesetze Bd. I., S. 87

und dessen Abhandlung in der

Zeitschrift für Rpfl. u. Verw. N. F. Bd. VI., S. 112 sub b. und S. 124 fg.

in einem Falle ausgesprochen, wo der Verkäufer im Kaufe die Unterhaltung einer Brücke als Verpflichtung des dem Beklagten käuflich überlassenen Grundstückes reservirt hatte.)

44.

Bei Ablösung der Erbpachtseigenschaft bleiben die zu Gunsten des Erbverpachters dem Grundstücke aufliegenden Reallasten unberührt.

II. Sen.-Erk. v. 30. Octbr. 1862 no. 547/540.

Wenn schon der Erbpacht dem Erbpachter kein Eigenthum ge-

Digitized by Google

währt, so stellt doch derselbe seinem Wesen nach ein dem Nutzungseigenthume vergleichbares dingliches Recht her,

Curtius, Handb. Th. IV., §. 1484a.

und hindert somit nicht auch solche Vorbehalte, welche der Eigenthümer eines Grundstückes bei dessen erbpachtsweiser Ueberlassung an einen Dritten für sich selbst zu dem Zwecke, um damit eine mit dem Besitze des Erbpachtgrundstückes verbundene, auf diesem haftende Reallast zu begründen, machte, als ein zu Recht bestehendes jus in re aliena aufzufassen. Dieser Auffassung steht auch das Gesetz über Ablösungen und Gemeinheitstheilungen vom 17. März 1832 nicht entgegen. Denn wenn schon dasselbe im §. 77 den Erbpachter als einen solchen bezeichnet, welchem keinerlei Eigenthum an dem in Erbpacht erhaltenen Grundstücke zustehe, so betrachtet es doch nicht nur im §. 77 den Vorkauf, den sich der Erbverpachter ausbedungen, als ein diesem an dem Erbpachtsgrundstücke zustehendes, erst durch die Ablösung der Erbpachtseigenschaft in Wegfall kommendes Recht, sondern behandelt auch im §. 79 Dienste und Leistungen, welche von in Erbpacht ausgethanen Grundstücken dem Erbpachter selbst zu entrichten sind, als auf den Erbpachtsgrundstücken haftende Beschwerungen und spricht sonach denjenigen Reservaten, welche der Eigenthümer eines Grundstückes bei dessen Austhuung in Erbpacht für sich selbst dem Erbpachter und dessen Nachbesitzern gegenüber gemacht hat, die Wirksamkeit von Vertragsbestimmungen, durch welche Realrechte zur Entstehung kommen, keineswegs ab. Wenn daher, so viel den vorliegenden Fall betrifft, der Bl. in Abschrift befindlichen Urkunde zufolge, im Jahre 1800 G. N. bei erbpachtsweiser Uebernahme des Gerichtskretschams zu O. gegen den Erbverpachter, den damaligen Besitzer der Standesherrschaft R. für sich und seine Besitznachfolger sich verbindlich gemacht hat, Bier bei namhafter Strafe nur von der R.'er herrschaftlichen Oeconomie zu kaufen und in dem Preise zu bezahlen, welcher von der Wirthschaft nach Umständen festgesetzt werde, so ist hierdurch für die Standesherrschaft R. ein, gegen jeden Besitzer des in Erbpacht ausgethanen Grundstückes verfolgbares Bannrecht allerdings erworben, und wie gegen die Rechtsbeständigkeit des letzteren, weil die Entstehung zufolge jener Urkunde in die Zeit vor Erlassung des Gesetzes vom 27. März 1838, die Aufhebung des

Digitized by Google

Bier- und Malzzwanges betr., gefallen sein würde, aus der im §. 51 dieses Gesetzes enthaltenen Bestimmung ein begründeter Einwand nicht abgeleitet werden könnte, so läßt sich auch aus der Art und Weise, in welcher nach Bl. in dem von J. C. G. N. mit dem Beklagten über das Kretschamgrundstück zu O. im Jahre 1853 abgeschlossenen Veräußerungsvertrage der Verpflichtung des Erbpachters, das Bier nur aus der R.'er herrschaftlichen Oeconomie zu erholen, gedacht wird, schon darum zu Gunsten des Beklagten Etwas nicht folgern, weil bei dieser Veräußerung, der zuletzt bezogenen Urkunde zufolge, der Besitzer der Standesherrschaft R. gar nicht concurrirt hat. Aber auch daraus, daß die Erbpachtseigenschaft des fraglichen Grundstückes nicht mehr besteht, sondern nach Bl. im J. 1855 durch Ablösung in Wegfall gekommen ist, kann ein Grund gegen die Statthaftigkeit der vorliegenden Klage nicht entlehnt werden. Die Ablösung der Erbpachtsqualität eines Grundstückes hat nicht den Rückfall des letzteren an den Erbverpachter zur Folge, sondern verleiht nur dem Erbpachter durch Verwandlung des Erbpachtgrundstückes in volles Eigenthum ein besseres Recht. Das Gesetz vom 17. März 1832 bezeichnet im §. 77 auch nur den von dem Erbpachter an den Erbverpachter zu entrichtenden Canon und das Vorkaufsrecht als Gegenstände, welche durch die Ablösung der Erbpachtseigenschaft berührt werden und läßt um so weniger einen Zweifel darüber aufkommen, daß durch die Verwandlung des Erbpachtgrundstückes in volles Eigenthum der Erbpachter nicht zugleich seiner übrigen Verpflichtungen gegen den Erbverpachter entbunden werde, je näher die Annahme liegt, daß der Gesetzgeber, wenn er von der gegentheiligen Ansicht ausgegangen wäre, nicht blos den von dem Erbpachtsgrundstücke zu entrichtenden jährlichen Canon, sondern zugleich auch diejenigen Prästationen, welche der Erbpachter außer dem Canon dem Erbverpachter etwa zu leisten schuldig ist, zum Maßstabe bei Auswerfung der dem Ersteren zu gewährenden Entschädigung genommen haben würde. Zudem wird im §. 79 des Ablösungsgesetzes der Dienste und Leistungen, welche von in Erbpacht ausgethanen Grundstücken neben dem Canon, dem Erbverpachter oder einem Dritten zu entrichten sind, als solcher Beschwerungen eines Erbpachtsgrundstückes, die zwar ebenfalls zur Ablösung gebracht werden können, jedoch den Gegenstand besonderer Verhand-

Digitized by Google

lungen und besonderer Entschädigung zu bilden haben, gedacht und damit nur noch bestimmter hervorgehoben, daß der Erbpachter durch die Uebernahme des im §. 77 gedachten fünfprocentigen Zuschlages zu dem Canon lediglich das volle Eigenthum an dem Erbpachtsgrundstücke und im Falle eines dem Erbverpachter an diesem zustehenden Vorkaufsrechtes zugleich dessen Wegfall, nicht aber Immunität von den übrigen ihm nach dem Erbpachtvertrage obliegenden Verbindlichkeiten erlangt. Diesen Grundsätzen entsprechend hat auch das OAG. in einem ihm früher zur Entscheidung vorgelegenen Falle die Frage, ob, wenn für die Ueberlassung eines Grundstückes in Erbpacht von dem Erbpachter neben der Uebernahme einer jährlichen Geldleistung an den Erbverpachter ein s. g. Erbstandsquantum erlegt worden sei, dieses nach eingetretener Ablösung der Erbpachtsqualität zurückgefordert werden könne, verneint.

Wochenbl. für merkw. Rechtsf. Jahrg. 1846, S. 315 fg.

45.

Collationspflicht im weitern und engern Sinne.

II. Sen.-Erk. v. 27. Novbr. 1862 no. 805/789.

Besage des Kaufvertrages vom 17. März 1859 hat der nicht lange darauf, nämlich am 9. November 1860 verstorbene Erblasser der Parteien die dort näher bezeichneten Fabrikgrundstücke zu P. sammt Zubehörungen und Maschinen an seine beiden ältesten Söhne, den Beklagten und den an erster Stelle genannten Mitbeklagten, für eine zwischen ihnen vereinbarte Summe von 30,000 Thlrn. verkauft, welche Kaufsumme dergestalt hat bezahlt werden sollen, daß zuvörderst 6000 Thlr. in einer auf den Grundstücken haftenden hypothekarischen Schuld von den Abkäufern ohne Neuerung zu übernehmen waren, 12,000 Thlr. aber der Verkäufer als unbezahlte Kaufgelder gegen Verzinsung sub hypotheca auf den Grundstücken stehen ließ, während in Betreff der noch übrigen 12,000 Thlr. die gedachte Kaufsurkunde wörtlich sich dahin ausläßt:

> „dieselben werden von dem Verkäufer als von den Käufern bezahlt angenommen und er quittirt über den baaren und richtigen Empfang dieser Summe. Es sollen sich jedoch Letz-

Digitized by Google

tere von derselben ein jeder 6000 Thlr. auf das ihm dereinst von dem Verkäufer zukommende Erbtheil anrechnen lassen.

Ueber die Consequenzen dieser letzteren Kaufsstipulation herrscht nun zwischen den Parteien insofern Streit, als die klagende Wittwe die beregten 12,000 Thlr. zum Behufe der Berechnung ihrer Intestaterbportion dem Nachlaßbestande hinzugerechnet wissen will, während Beklagte und Mitbeklagte solches bestreiten und, indem sie diese Summe lediglich als eine zwischen ihnen, als den Descendenten des Erblassers, in Betracht gelangende Collationspost ansehend, nach Maßgabe §. 76 des Mandates vom 31. Januar 1829 der Berücksichtigung derselben bei Berechnung des Pflichttheils der Klägerin entgegentreten; eine Auffassung, welche, wenn sie richtig wäre, zur Folge haben würde, daß alsdann die streitige Summe wie eine besondere fingirte Erbmasse zu behandeln und nur zwischen dem Beklagten und den Mitbeklagten zur Theilung zu bringen wäre. In Ermangelung besonderer thatsächlicher Momente, welche für die eine oder andere Rechtsmeinung sich anziehen ließen, hängt die Entscheidung der Sache zunächst und ausschließlich von der Auslegung obiger Vertragsbestimmung ab. Hierbei hat das OAG. der der Klägerin günstigen Interpretation der vorigen Instanz vor der gegentheiligen Auslegung, von welcher der Gerichtsbescheid ausgegangen ist, unbedenklich den Vorzug gegeben. Was von dem Beklagten und den Mitbeklagten dagegen vorstellig gemacht worden ist, vermag man nicht für erheblich anzusehen. Zuvörderst ist die von beiderseits Appellanten aufgestellte Ansicht, als ob die streitige Post von 12,000 Thlr. nur entweder als eine dem väterlichen Nachlasse zugehörige Forderung, oder anderen Falles als Gegenstand der Collation zwischen den Descendenten anzusehen sei und da in der ersten Beziehung die Quittungsleistung des Erblassers entgegenstehe, nur noch die letzte jener beiden Voraussetzungen übrig bleibe, eine keineswegs richtige. Sie ist es schon darum nicht, weil bekanntlich eine Anrechnung auf den künftigen Erbtheil, als Theil des ganzen Nachlasses (imputatio oder computatio), auch abgesehen von dem Falle der Collation im engeren Sinne, vorkommen kann und wirklich vorkommt, wie z. B. und namentlich dann, wenn es um Beantwortung der Frage wegen Verletzung im Pflichttheile eines

Digitized by Google

Notherben sich handelt, auf welchen auch dasjenige angerechnet werden kann, was sonst nicht conferirt zu werden pflegt.

L. 20 pr. Cod. de collat. (6. 20.)

Glück, Erl. der Pand. Bd. VII. §. 544, S. 95 fg.

Die Verbindlichkeit eines Descendenten, den Vorempfang bei Lebzeiten des Erblassers an seinem künftigen Erbtheile sich abrechnen zu lassen (Collationspflicht im weiteren Sinne) ist mithin, wie unter anderen

Pfitzer, über die Collation in §. 108, S. 265 fg.

überzeugend nachgewiesen hat, von der Verbindlichkeit zu conferiren im engeren Sinne eine sehr verschiedene und unterscheidet sich namentlich von der Letzteren darin, daß sie nach römischem wie sächsischem Rechte nicht blos in dem Verhältnisse zu anderen Descendenten, sondern allen Miterben, also auch der mitconcurrirenden Ehefrau gegenüber, Platz ergreift.

Nun unterliegt zwar die einem oder mehreren Descendenten von ihren Eltern bei deren Lebzeiten gewährte sogenannte Mithülfe — und um eine solche handelt es sich hier nach den übereinstimmenden Angaben der Parteien — an und für sich betrachtet und wenn von dem Adscendenten die Collation derselben nicht ausdrücklich untersagt worden ist, der Einwerfung im engeren Sinne und dieselbe kommt daher nur bei der Erbauseinandersetzung zwischen Descendenten unter sich in Betracht.

Curtius, Handbuch ꝛc. §. 928 und not. d. das.

Indessen würde der Erblasser, von dessen freiem Ermessen es hier offenbar abhing, unter welchen Bedingungen er den beiden Söhnen die beregten 12,000 Thlr. schon bei Lebzeiten übereignen wollte, wenn er diese gesetzliche Collationsverbindlichkeit gemeint hätte, wie man anzunehmen wohl befugt ist, solches ausdrücklich und auf unzweideutige Weise gesagt haben. Ja es bedurfte sogar, wenn er eben nichts weiter, als sie im Sinne gehabt hätte, nach dem oben bemerkten nicht einmal einer darauf gerichteten Weisung an die Abkäufer. Anstatt dessen hat derselbe nach der im Eingange hervorgehobenen Vertragsbestimmung sich ausbedungen und die beiden Käufer sind dahin einverstanden gewesen, daß jeder derselben die ihm innegelassene Summe von 6000 Thlrn. auf das dereinst ihm von dem

Digitized by Google

Verkäufer zukommende Erbtheil sich anrechnen lassen solle. Es sind also, weil von einem Erbtheile nur in der Beziehung zu dem concreten Nachlasse die Rede sein kann, obwohl der Erblasser die 12,000 Thlr. als bezahlt annahm und über dieselben quittirte, die Abkäufer insoweit gewissermaßen als Schuldner des künftigen väterlichen Nachlasses betrachtet worden, und je allgemeiner die Worte sind, deren die Interessenten hierbei sich bedienten, um so mehr ist man zu der Annahme berechtigt, daß die eigentliche Absicht des Verkäufers, so viel den in Rede stehenden Theil seines Vermögens anlangt, der Sache nach, wie dies häufig vorkommt, auf eine in die Vertragsform nur eingekleidete letztwillige Verfügung gerichtet war, und daß er die fragliche Zuwendung inter vivos bei jedem seiner beiden Söhne nur betrachtet habe, gewissermaßen als eine Abschlagszahlung auf dessen künftiges Erbtheil, ohne alle Rücksicht auf die Person seiner einstigen Erben und deren Stellung zu einander.

Allermindestens spricht dafür ebenso der Wortlaut der Vertragsbestimmung nach seiner Allgemeinheit, wie die Natur des Verhältnisses nach ihrer praktischen Auffassung, und Beklagter und Mitbeklagte haben selbst nicht zu behaupten vermocht, daß von einer oder der anderen Seite etwas Anderes beabsichtigt oder wohl gar ausgesprochen worden wäre, vielmehr haben Letztere in der Anmerkung zum 6. Einl.-Punkte sich beschieden, es sei durchaus nichts Anderes vereinbart worden, als was die Kaufsurkunde besage. Wenn dagegen Beklagter am Schlusse der Ausführungsschrift die Meinung aufstellt, als ob von Seiten der Klägerin etwas dem Entgegenstehendes eingeräumt worden wäre durch das bloße Zugeständniß, daß die fraglichen 12,000 Thlr. eine väterliche Mithülfe gewesen sei, so kann dieses nach dem, was vorstehend ausgeführt worden ist, nur auf einem Irrthume beruhen.

46.

Judicatzinsen kommen im Concurse Gläubigern, deren Forderung erst in Folge in der Locatoria erkannten Beweises und eines hierauf gesprochenen Nachtragserkenntnisses zu Location gelangen, nur von Rechtskraft des Letzteren zu.

II. Sen.-Erk. v. 12. Decbr. 1862 no. 862/835.

Digitized by Google

Der Einwand der Klägerin, daß die Judicatzinsen im vorliegenden Falle vom 5. März 1854 ab, als dem Tage der Rechtskraft der Locatoria, in welcher der Klägerin der Beweis der Richtigkeit ihrer Forderung auferlegt worden ist, zu berechnen seien, wird durch die dabei angezogene Stelle der Erl. Proz.-Ordn. ad Tit. L. sofort widerlegt, da in derselben das interesse rei judicatae von der Zeit ab, da das Designationsurthel rechtskräftig geworden, nur demjenigen Gläubiger zugebilligt wird, dessen Forderung darin „vor liquid erkannt, wenngleich der passus prioritatis noch nicht völlig erörtert." Der Klägerin vom curator litis in Abrede gestellte Forderung ist eben nicht für liquid erkannt, wenn auf den Beweis ihrer Richtigkeit nicht etwa blos der ihre Priorität bedingenden Qualification gesprochen worden ist; die Meinung der Klägerin aber, daß die Form des Erkenntnisses einflußlos bleibe, weil eben so gut eine eventuelle, durch Beweisführung bedingte Location habe ausgesprochen werden können, läßt die Gestaltung des vorliegenden Falles ganz unberücksichtigt, in welchem es sich nicht um Vervollständigung von bereits vorliegenden Beweisgründen, sondern um den Nachweis von thatsächlichen Behauptungen handelte, welche von der Gegenpartei durchgängig geleugnet worden waren, und für welche das Locationserkenntniß keinerlei Vermuthung oder Wahrscheinlichkeitsgrund als vorhanden ansah. Daß nach der Ansicht der zweiten Instanz folgerecht Judicatzinsen der Klägerin überhaupt nicht würden zugesprochen werden können, weil nur ein Locationsurthel existire, wie Bl. behauptet wird, beruht insofern auf einer irrigen Auffassung, als der an sich richtige Satz, daß das am 23. Febr. 1854 publicirte Locationsurthel das für die Ansprüche der Liquidanten an die Masse im Allgemeinen maßgebende einzige Erkenntniß bilde, nicht ausschließt, daß rücksichtlich derjenigen Gläubiger, denen in selbigem Beweis auferlegt ist, das über die Ergebnisse dieses Beweises gefällte Erkenntniß die Stelle des Designationsurthels im Sinne der oben angezogenen Bestimmungen der Erl. Proz.-Ordn. vertrete und für den Lauf der Judicatzinsen maßgebend werde.

Gottschalk, sel. disc. tom. II., p. 107.

Digitized by Google

47.

Bei mehrfachen Abtretungen entscheidet die Priorität.

II. Sen.-Erk. v. 30. Jan. 1863 no. 35/18.*)

Eine Licitalgelderpost der im Streit befangenen Art kann jedenfalls dann, wenn, wie hier geschehen, der Eintrag des Gesammtquanti der Erstehungsgelder zu Gunsten des Subhastationsquanti erfolgt ist und die einzelnen zur Perception gelangenden früheren Hypothekarier, deren Hypotheken, wie hier sub 22 ersichtlich, gelöscht sind, nicht einen anderweiten speciellen Eintrag erlangt haben, was nicht behauptet und sonst nicht indicirt ist, nicht als ein hypothekarischer Außenstand im Sinne des §. 84 des Grund- und Hypothekengesetzes vom 6. November 1843 (vergl. auch §. 60 des Executionsgesetzes vom 28. Febr. 1838) gelten,

Siegmann, das K. S. Hypothekenrecht 1861, S. 251.

wie denn, wäre selbst ein anderes der Fall — wofür jedoch die Marginalbemerkungen zum Vertheilungsplane selbstverständlich nicht sprechen — Kläger und Beklagter immer wieder auf derselben Stufe ständen, da auch Letzterer einen Eintrag im Grund- und Hypothekenbuche vor dem Ersteren nicht voraus hätte.

Hiernach sind Kläger und Beklagter, welchem sein in Betreff der Form von Jenem in keiner Weise bestrittenes Hülfsrecht nach §. 59 des Executionsgesetzes vom 28. Februar 1838 lediglich das Recht eines Cessionars verschafft haben würde, Cessionare G.'s.

Nun ist aber allerdings, wie von voriger Instanz angedeutet, zwischen zwei Cessionaren desselben Außenstandes die Priorität der Cession an sich für das Recht des Einen oder Anderen maßgebend.

---

*) G. hatte laut rechtskräftiger Designation in Folge einer Subhastation 161 Thlr. nebst mehrjährigen Zinsen aus einem Licitalgelderdepositum zu erwarten. Beklagter erlangte unter dem 15. Juni 1859 wegen einer wider G. ausgeklagten Forderung Hülfsvollstreckung in diesen Außenstand. Unter dem 21. Juni reichte Kläger eine Cession G.'s an ihn in Betreff jenes Außenstandes d. d. 22. Mai, recogn. 24. Mai 1859 ein. Als nun die betreffenden Licitalgelder beim Depositum eingezahlt wurden, entstand zwischen den Parteien darüber Streit, wessen Recht prävalire. Während die I^ma und II^da für Beklagten entschieden hatten, reformirte die III^ia auf Beweis zu Gunsten Klägers und die IV^ta confirmirte. (III. Sen.-Erk. v. 30. Mai 1863 no. 27/23).

Digitized by Google

Zwar ist dieser Satz gemeinrechtlich ein nicht unbestrittener und es ist bis in die neueste Zeit von Manchen der Nachweis versucht worden, daß die Denunciation Seiten des Cessionars eine Art Inbesitznahme der Forderung enthalte, welche, wenn sie von dem zweiten Cessionar zuerst bewirkt werde, seiner Cession ein Vorzugsrecht vor der des ersten Cessionars verschaffe, gleichwie wenn an zwei Personen nach einander dieselbe Sache verkauft und dem zweiten Käufer übergeben sei, dieser in dem etwaigen Streite mit dem ersten Käufer obtinire, wie denn auch noch verschiedene Mittelmeinungen zu Ausspruch gelangt sind.

Arndts, Pandecten §. 256 und S. 919 der 4. Ausg. zu S. 421.

Allein wie auch das OAG. die von der vorigen Instanz ausgesprochene Meinung an und für sich als die richtigere zu befinden hatte,

Mühlenbruch, Cession §. 48 ad not. 17 ed IIIiae, S. 502.

so ist bei dieser Auffassung gegenwärtig um so unbedenklicher stehen zu bleiben, als das bürgerliche Gesetzbuch §. 968 fg. die Controverse in diesem Sinne löst, und somit als Quelle der Kenntniß von der Ansicht des Gesetzgebers auch für ältere Fälle nicht ohne Gewicht ist.

Es bestimmt nämlich §. 968:

> Die Abtretung hat die Wirkung, daß der Abtretende aufhört Gläubiger zu sein, die Erfüllung der Forderung nicht mehr verlangen, über die Forderung nicht weiter verfügen, sie nicht noch ein zweites Mal abtreten kann, überhaupt aber die Aufhebung der Forderung durch einen ihm oder einem Anderen, dem er die Forderung anderweit abgetreten hat, gegenüber wirksamen Erlöschungsgrund ausgeschlossen ist, vorbehältlich der Vorschriften in §§. 972 und 973.

woneben die Ausnahme des §. 972 den Fall einmaliger Cession, und beziehentlich der Zahlung vor erlangter Kenntniß Seiten des Cessus an den Cedens, resp. des Vertrags mit demselben betrifft, die des §. 973 aber dahin lautet:

> Hat der Gläubiger die Forderung mehrere Male abgetreten und der Schuldner von der früheren Abtretung keine Kenntniß erhalten, so wird der Schuldner durch Erfüllung an

Digitized by Google

> Denjenigen, welchem die Forderung später abgetreten worden ist und durch Vertrag mit demselben von der Schuld frei u. s. w.

übrigens dem allgemeinen Principe des §. 764 entspricht.

Diese Grundsätze führen in dem concreten Falle, wo noch nicht gezahlt ist, übrigens auch nicht etwa die Rückantwort Bl. einen Vertrag der in §. 973 bemerkten Art involvirt, mit Nothwendigkeit dahin, daß die fingirte Cession an Beklagten wirkungslos ist, wenn Kläger durch ältere Cession bereits Inhaber der in Frage stehenden Forderung G.'s war.

Gleichwohl ist in dem Urthel Bl. Kläger um deswillen zurückgewiesen, weil nicht erhelle, auch nicht mit genügender Bestimmtheit angeführt sei, daß sein Wille bei unzweifelhaft älterer Cessionserklärung G.'s, Inhaber der Forderung zu werden, bereits vor dem Zeitpunkte existirt habe, wo Beklagter fingirte Cession erhalten habe.

Hat man nun auch der vorigen Instanz darin beizupflichten, daß beziehentlich in Conformität mit dem im Bürgerl. Ges.-B. §. 962 a. E. ausgesprochenen Grundsatze

> „in anderen Fällen (als denen einer gesetzlichen Verpflichtung zur Abtretung) richtet sich die Zeit des Ueberganges nach dem Rechtsgeschäfte, durch welches die Abtretung geschieht"

jedenfalls der Wille Klägers, Cessionar zu werden, vor der fingirten Cession an Beklagten existent gewesen sein müsse, und trifft hierunter auch unzweifelhaft Klägerm die Beweislast, die durch die Urkunde Bl. allein nicht auf den Beklagten gewälzt werden kann, da sie zwar über die Willensrichtung G.'s, nicht aber über die Klägers dem Dritten gegenüber klare Maße giebt, so fällt es doch bedenklich, in Betreff der Form der Behauptung, daß der Wille Klägers, Cessionar zu werden, bereits vor dem Eingange der Requisition Bl. existirt habe, so strenge Anforderungen zu stellen, als dies Seiten der vorigen Instanz geschehen ist.

Denn Kläger hat mit Bestimmtheit ausgesprochen, daß die Cession am 22. Mai 1859, also vor dem 15. Juni stattgefunden habe und es mag der Zwischensatz „laut der bei den betr. Acten befindlichen Urkunde darüber", nicht als eine Beschränkung dieses Anspruchs, son-

Digitized by Google

dern, wie es auch Kläger erklärt, nur als der allerdings nicht gelungene Versuch betrachtet werden, denselben sofort in Liquidität zu stellen.

48.

Klage auf Auflösung des auf bestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaftsvertrages in Folge rechtswidrigen Verhaltens des anderen Socius.

II. Sen.-Erk. v. 20. Jan. 1863 no. 828/838 v. 1862.

Der Gesellschaftsvertrag macht den Begriff der engsten Personenverbindung aus, geschlossen durch freien Verzicht auf die natürliche Willensfreiheit des Einzelnen, um einen Gesammtwillen Aller zu bilden und eben deshalb gestützt auf das gegenseitige Vertrauen, daß kein Theilnehmer seinen eigenen Willen dem Willen der Gesellschaft entfremde.

l. 4 Inst. de societ. (III. 26.)

l. 63 pr. D. pro socio (17. 2.)

Archiv für civilist. Praxis Bd. XVII., S. 274 fg.

Dieser das Wesen der Societät bildende Grundzug bringt es mit sich, daß, wenn der eine der Gesellschaftsgenossen sich so benimmt, daß mit ihm in Gemeinschaft zu bleiben, dem andern nicht zuzumuthen ist, dieser selbst bei einem auf eine bestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaftsvertrage für berechtigt angesehen werden muß, dessen Wiederaufhebung noch vor Ablauf der festgesetzten Zeitdauer einseitig zu verlangen.

l. 14 D. pro socio (17. 2.)

Treitschke, die Gewerbegesellschaft §. 67b, S. 184.

Beurtheilt man hiernach die vorliegende, auf Auflösung des zwischen den Parteien bestehenden Societätsverhältnisses gerichtete Klage, so kann es, daß diese vollkommen schlüssig sei, einem Zweifel nicht unterliegen. Denn wenn darin dem Beklagten beigemessen wird, daß er die für das gemeinschaftliche Geschäft theils in der Zeit vom 15. Juli bis zum 22. August 1860, theils später in der Zeit vom 14. October 1860 bis zum 29. Januar 1861 eingegangenen Geldbriefe eigenmächtig an sich genommen, dieselben erst längere Zeit darauf

Digitized by Google

an den Kläger, welchem allein die Cassen- und Buchführung, sowie die Correspondenz obgelegen und zwar ohne die Gelder ausgeantwortet, die letzteren aber an sich behalten und in seinem Nutzen verwendet habe, so werden damit dem Beklagten Handlungen zur Last gelegt, welche dem gemeinsamen Zwecke der Gesellschaft widerstreben, das von diesem unlösbare gegenseitige Vertrauen nothwendig stören und das Interesse des gemeinschaftlichen Geschäftes in hohem Grade gefährden. Es hat aber auch Beklagter, daß er die in der Klage bezeichneten, für die Societät eingegangenen Gelder anstatt an die gemeinschaftliche Casse abzuliefern, ohne Vorwissen des Klägers zurückbehalten und eigenmächtig in seinen Nutzen verwendet habe, eingeräumt und schon hiernach und selbst abgesehen von den weiter unten zu gedenkenden ferneren Confessatis, Zugeständnisse gethan, welche nach den oben entwickelten Grundsätzen ausreichen, den Klaggrund für constatirt anzusehen.

Nun hat zwar Beklagter (zu 3) in den der Einlassung vorausgeschickten Bemerkungen, sowie in den Anmerkungen zu den Einlassungspunkten 64, 66 und 71 theils seine Handlungsweise dadurch in ein für ihn günstigeres Licht zu stellen geglaubt, daß er die Vorenthaltung jener Gelder als den Act eines von ihm wegen ihm verweigerten Entnahme aus der Gesellschaftscasse ausgeübten Retentionsrechtes darzustellen versucht, theils behauptet hat, daß er die an ihn gelangten Geldsendungen „allemal" in das laufende Journal eingetragen, die betreffenden Absender dafür entlastet, sich selbst aber damit auf seinem Conto belastet habe. Allein nicht zu gedenken, daß Beklagter seinem eigenen Geständnisse zufolge die mehrgedachten Gelder nicht blos retinirt, sondern über dieselben durch deren Verwendung in seinen Nutzen geradezu disponirt hat, und abgesehen von der Frage, ob der Beklagte, selbst wenn er sich auf eine bloße Retention beschränkt hätte, dies, der ihm als socius obliegenden Verpflichtung gegenüber, die für die Societät eingehenden Gelder an die Gesellschaftscasse abzuliefern, zu thun befugt gewesen wäre, da der Schuldner überhaupt nur an einer solchen Sache, in deren rechtmäßigen Besitze er sich befindet, die er als bonae fidei possessor inne hat, ein Retentionsrecht ausüben kann,

l. 50 §. 1 Dig. de hered. pet. (5. 3.)

l. 4 §. 9, l. 14 Dig. de doli exc. (44. 4.)

Digitized by Google

Sintenis, Civilrecht Th. II. §. 91, S. 167 fg. sub D. und Note 75 u. 85.

Curtius, Handbuch Th. II. §. 476.

so reicht auch, wie bereits von der vorigen Instanz dargelegt worden ist, zur Begründung der Behauptung des Beklagten, daß ihm Ansprüche an die gemeinsame Casse zugestanden hätten, die bloße durch Thatsachen nicht unterstützte Bezugnahme darauf, daß er aus dieser Casse Entnahmen zu verlangen berechtigt gewesen sei, in keiner Weise aus. Die Hinweisung des Beklagten auf angeblich ihm an die Gesellschaftscasse zuständige Ansprüche vermag daher seinem Gebahren mit den eingetragenen Geldern in keiner Weise den Charakter einer eigenmächtigen und widerrechtlichen Handlung zu benehmen. Ebenso wenig vermag aber auch den Beklagten die Behauptung, daß er die vereinnahmten Geldsendungen in das laufende Journal eingetragen, die betreffenden Absender dafür entlastet, sich aber damit belastet habe, von dem Vorwurfe, sich eine mit einem geregelten Geschäftsgange unverträgliche Ordnungswidrigkeit zu Schulden gebracht zu haben, zu befreien. Beklagter ist des Klaganführens, daß dem Kläger die Buchführung und Correspondenz allein obgelegen, da er sich hierauf, der vorschriftmäßig an ihn ergangenen Ladung ungeachtet, nicht eingelassen hat, für geständig und überführt zu achten, während der Einwand des Beklagten, daß Kläger zu der Zeit, zu welcher die in Rede stehenden Geldbriefe für die gemeinsame Handlung eingegangen, die Gesellschaftscasse nur thatsächlich verwaltet habe, schon wegen des Mangels specieller Angaben darüber, daß das Recht zu Führung der Casse damals ihm, dem Beklagten, zugestanden habe, nicht beachtet werden kann. Hiernach kann es keineswegs für genügend angesehen werden, daß Beklagter, wie er behauptet, die eingegangenen Gelder in das laufende Journal zum Eintrag gebracht und die Absender dafür entlastet hat, vielmehr mußte er vor Allem von den erfolgten Eingängen den Kläger, diesem das Weitere überlassend, ohne Verzug in Kenntniß setzen.

Digitized by Google

49.

Begründung der exceptio Scti Macedóniani im Executivprozesse — Vorschuß ist nicht ohne Weiteres Darlehn. — Versprechen der Zahlung, „sobald er es nur immer vermöge in monatlichen Raten". — Anh. zur Proz.-Ordn. §. 6.

II. Sen.-Erk. v. 8. Jan. 1863 no. 916/888. v. 1862*)

Der Einwand des Bekagten, daß er sowohl zu der Zeit, zu welcher er die in der Urkunde gedachten Vorschüsse erhalten habe, als auch zur Zeit der Ausstellung des Documents unter väterlicher Gewalt gestanden habe und deshalb die Grundsätze des Senatusconsulti Macedoniani eintreten, ist nicht zu beachten, da der Beweis der exceptio Scti Macedoniani von demjenigen, welcher sie vorschützt, zu führen ist,

Curtius Handbuch §. 1309 nota a.

und im Executivprozesse zufolge der ausdrücklichen Bestimmung des Befehls vom 22. März 1752 (Cod. Aug. Cont. II. Tom. I. pag. 325.) die gedachte Ausflucht nur dann berücksichtigt werden kann, wenn sie in continenti liquid gemacht worden ist. Dem letztern Erfordernisse ist jedoch vom Beklagten nicht genügt worden. Denn Beklagter hat das Anführen, daß die geklagten 308 Thlr. 11 Ngr. 5 Pf. in Darlehnen bestanden hätten, nicht in rechtliche Gewißheit gesetzt, auch erhellt die Richtigkeit dieses Anführens aus dem Document selbst keineswegs, da daselbst nur von Vorschüssen die Rede und nicht zu ersehen ist, zu welchem Zwecke diese Vorschüsse, welche nicht

*) Kläger klagte im Executivprozesse vom Beklagten auf Grund eines schriftlichen Bekenntnisses d. d. 20. April 1859, wonach Letzterer bekennt, von des Klägers Firma 408 Thlr. 11 Ngr. 5 Pf. vorschußweise empfangen zu haben, und versprochen das Capital unter Verzinsung mit 5% sobald er es nur irgend vermöge zurückzuzahlen, indem er nach Kräften dahin streben werde in monatlichen Raten Abschlagszahlungen zu machen. Beklagter wendete exc. Scti Macedoniani vor, welche das OAG. unbeachtlich befand. Dasselbe condemnirte daher, jährliche Zahlungen von 50 Thlr. (die verstandenen auf einem Brete) für angemessen befindend.

Digitized by Google

ohne Weiteres für Darlehne, die allein die exc. Scti Macedoniani begründen,

Glück, Commentar Th. XIV. §. 899. S. 308 fg.

angesehen werden können, dem Beklagten gegeben worden sind. Ebensowenig hat Beklagter, welcher schon am 17. November 1856 die Volljährigkeit erreicht hat, nachgewiesen, daß er zur Zeit der Contrahirung der Schuld und der Ausstellung des Documents unter väterlicher Gewalt gestanden habe, da dieser Beweis durch die deshalb beigebrachten Zeugnisse aus den bereits von der ersten Instanz angeführten Gründen nicht erbracht worden ist. Unter diesen Umständen ist Beklagter mit der vorgeschützten illiquiden Ausflucht zur Wiederklage oder besonderer Ausführung zu verweisen, indem gegenwärtig auf die Frage, ob die gedachte Exception, nachdem Beklagter zugestanden hat, daß ihm die in der Urkunde erwähnten Vorschüsse zur theilweisen Bestreitung des Aufwandes für eine Reise, welche er seiner Ausbildung halber nach England und Frankreich in den Jahren 1856 — 1859 unternommen habe, gegeben und von ihm zu dem gedachten Zwecke verwendet worden seien, während sein Vater die übrigen Reisekosten bestritten habe, mit Hinblick auf die Vorschriften der

l. 7. §. 13. D. de Scto Maced. (14. 2.)

l. 5. C. eod. (IV. 28.)

überhaupt einen Erfolg haben könne, nicht einzugehen ist.

Da Beklagter in der Schuldverschreibung Bl. im Betreff der Rückzahlung der ihm vorschußweise gewährten 408 Thlr. 11 Ngr. 5 Pf., „sobald er es irgend vermöge" sich verpflichtet und versprochen hat, nach Kräften dahin zu streben, „in monatlichen Raten Abzahlungen zu machen", so tritt nach der Ansicht des OAG.'s die Schlußbestimmung des §. 6 des Anhangs der Erl. Proz.-Ordn. ein, nach welcher der Richter Amtshalber Zahlungsfristen nach Billigkeit und unter Berücksichtigung der Verhältnisse des Gläubigers und des Schuldners zu setzen hat. Da nun Beklagter, als Färber, welcher im Auslande seine Ausbildung erlangt hat, präsumtiv seit Ausstellung der Urkunde im Stande gewesen ist und künftig im Stande sein wird, soviel zu verdienen, daß er jährlich, außer den verstandenen Zinsen von dem ganzen Kapitale 50 Thlr. auf den Stamm selbst abzuzahlen

Digitized by Google

vermag, so ist Beklagter zu Ratenzahlungen in der im Urthel näher bezeichneten Weise verurtheilt worden.

50.

Wenn ist die actio pignoraticia als nata zu betrachten. Deposition.

II. Sen.-Erk. v. 15. Jan. 1863 no. 873/895.*)

Es liegt in der Natur und dem Zwecke des Pfandvertrags, daß der Pfandschuldner die Zurückgabe der verpfändeten Sache nicht eher von dem Pfandgläubiger beanspruchen kann, als bis die Schuld, zu deren Sicherstellung das Pfand dienen soll, durch Zahlung getilgt oder dem Gläubiger auf andere Weise Gnüge geschehen und der Pfandnexus gelöst worden ist. Nach diesem in verschiedenen Quellenausprüchen

l. 9. §. 3. 5., l. 10., l. 42. §. 2 D. de pign. act. (13. 7.)

l. 11. Cod. eod. tit. (4. 24.)

ausdrücklich anerkannten Grundsatze, läßt sich die Verbindlichkeit des Pfandgläubigers zur Herausgabe des Pfandes zu der Zahlungspflicht des Pfandschuldners nicht, wie der Beklagte meint, in das Verhältniß einer (Zug um Zug zu bewirkenden) Gegenleistung bringen, sondern die in der actio pignoraticia liegende Berechtigung des Letzteren die Zurückgabe der verpfändeten Sache zu verlangen, wird erst durch die Zahlung der Schuld oder die sonstige Befriedigung des Gläubigers bedingt.

l. 9. §. 3. D. cit. omnis autem pecunia exsoluta esse debet aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pignoraticia actio.

---

*) Beklagter hatte von Klägerin durch deren Mandatar W. ein Darlehn von 200 Thlr. gegen unterpfändliche Einsetzung von einem Staatspapiere erhalten. Als Klägerin das Darlehn einklagte, kam zur Sprache, daß sie, weil das Pfand veräußert sei, nicht im Stande sein werde, seiner Zeit — beziehentlich wie Beklagter verlangte Zug um Zug — solches zurückzugeben. Diesem Einwande wurde von der zweiten Instanz nur insoweit Beachtung gewährt, als man dem Beklagten gestattete ad depositum zu zahlen. Auf die Abweisung der Klage bezweckende Appellation des Beklagten confirmirte das OAG.

Digitized by Google

l. 9. §. 5. ibid. qui ante solutionem egit pignoraticia, licet non recte egit etc.

Wenn also der Pfandgläubiger zur Annahme der Zahlung bereit ist und die letztere mit dem ihr gebührenden rechtlichen Erfolge an ihn geleistet werden kann, ist der Pfandschuldner nicht befugt, die dem Gläubiger zukommende Zahlung von dessen Erbieten zu Rückgabe des Pfandes abhängig zu machen. Ein ganz analoges Verhältniß findet auch, wie Beklagter ohne Grund bestreitet, bei den heutigen Pfandrechten an unbeweglichen Sachen insofern statt, als deren Löschung im Grund- und Hypothekenbuche erst nach erfolgter Befriedigung des Gläubigers gefordert werden kann und es mag hierbei nur darauf hingewiesen werden, daß das Hypothekengesetz vom 6. November 1843 §§. 100 und 116 die Tilgung der Schuld als den Act bezeichnet, wodurch die Hypothek erlischt und dem Schuldner das Recht, die förmliche Löschung der Hypothek zu verlangen, erwächst.

Hiernach und in Berücksichtigung der beim 24. und 26. bis mit 31. Einlassungspunkte abgelegten Zugeständnisse des Beklagten, erscheint die Verurtheilung des letzteren zur Bezahlung der geforderten 200 Thlr. Darlehn sammt Zinsen vollkommen gerechtfertigt.

Die Erwägung, daß die Klägerin anscheinend nicht im Stande sein würde, das, wie man zur Zeit annehmen mußte, ihr verpfändete Werthpapier in Natur zurückzugeben, konnte höchstens und mit Berücksichtigung der Vorschriften in

l. 9. §. 3. D. de pign. act.
l. 10. C. eod. tit.

dazu führen, dem Beklagten, wie bereits geschehen, die Zahlung des Kapitals zum gerichtlichen Depositum nachzulassen, wobei nur noch zu gedenken ist, daß nach der Bemerkung in den Rationen kein Zweifel darüber obwalten kann, daß mit den Worten: „so lange bis ꝛc. bereit sein wird", nicht blos die Bereitwilligkeit, das Erbieten der Klägerin, sondern die thatsächliche Bereitschaft zur Zurückgabe des gedachten Papiers vorhanden sein, die Klägerin also hierzu nicht blos erbötig, sondern nachweislich auch im Stande sein muß, so wie ferner, daß der Beklagte nach Deposition des Kapitales und Berichtigung der gedachten Zinsen, zur Anstellung der actio pignoraticia gegen die

Digitized by Google

jetzige Klägerin, insofern dieselbe im Uebrigen begründet ist, berechtigt sein würde.

51.

Ueber die Erfordernisse einer Klage auf Rückgabe einer Dienstcaution.

II. Sen.-Erk. v. 30. Jan. 1863 no. 777/779 v. 1863.

Im Allgemeinen ist es zwar richtig, daß eine Caution nicht eher zurückgegeben zu werden braucht, bis der Grund weggefallen ist, weshalb sie bestellt worden; allein wie zu Begründung einer auf Rückgabe einer Pachtcaution gerichteten Klage das Anführen, daß das Pachtverhältniß beendigt und die Pachtgegenstände in die Hände des Verpachters zurückgelangt seien, ausreicht, einer specielleren Auseinandersetzung aber in Bezug auf eine rite erfolgte Rückgabe der Pachtobjekte es nicht bedarf, vielmehr es Sache des Verpachters ist, die bei ersterer wahrgenommenen Defekte aufzustellen und die aus selbigen abgeleiteten Schädenansprüche nach Existenz und Umfang gehörig zu begründen,

Zeitschr. für Rechtspfl. und Verw. N. F. Bd. XIII. S. 279.

so tritt ein ähnliches Verhältniß auch bei einer Klage auf Restitution einer Caution ein, welche wegen Verwaltung eines Amtes bestellt worden ist. Auch von demjenigen, der nach Ablauf des Zeitraumes, auf welchen er ein Amtsverhältniß eingegangen ist, die rücksichtlich des letzteren bestellte Caution zurückfordert, kann nicht verlangt werden, daß er in seiner Klage eine specielle Darlegung aller einzelnen von ihm vorgenommenen Dienstverrichtungen und der Art und Weise, wie er selbige ausgeführt habe, liefert, vielmehr muß es zu Begründung des geltend gemachten Rückforderungsrechts ausreichen, wenn darin im Allgemeinen auf die von Seiten Klägers erfolgte Vertragserfüllung und beziehentlich, wenn mit dem Amte die Verwaltung einer Casse verbunden war, noch insbesondere auf die hierüber dem Beklagten abgelegte Rechnung und resp. auf die an den letzteren erfolgte Ausantwortung des Cassenbestandes Bezug genommen wird; und wie es sonach auch bei einer solchen Klage Sache des Beklagten ist, wenn er sich darauf berufen kann, daß der Kläger seinen

Digitized by Google

Obliegenheiten nur mangelhaft nachgekommen ist, dieß exceptivisch vorzuschützen, so kann auch ein hieraus gegen die von dem Kläger geforderte Rückgabe der bestellten Dienstcaution entlehnter Widerspruch nur nach den über die exceptio non rite adimpleti contractus bestehenden Grundsätzen

Zeitschr. für Rechtspfl. und Verw. N. F. Bd. XIII. S. 333 fg. beurtheilt werden und daher blos dann Beachtung verdienen, wenn er auf solche Thatsachen gestützt ist, welche zu Begründung eines Schädenanspruchs erforderlich sind.

52.

Interpretation eines auf Gewährung eines Mäklerlohnes gerichteten Versprechens.

II. Sen.-Erk. v. 29. Jan. 1863 no. 735/683.

Wie schon Bl. ausreichend nachgewiesen worden, ist der Inhalt der der Klage abschriftlich beigefügten und als integrirender Theil derselben anzusehenden Urkunde für eingeräumt zu achten und es kommt daher allerdings zunächst auf die Auslegung der dem Kläger von Beklagtem darin ertheilten Zusage an. Der Ansicht, von welcher die vorige Instanz bei deren Beurtheilung in ihrer Entscheidung und in den dazu ertheilten Gründen ausgegangen ist, hat man sich jedoch gegenwärtig nicht anzuschließen vermocht.

Im Eingange jener Urkunde wird zunächst ausdrücklich erwähnt, daß Beklagter sein Rittergut N. zu verkaufen beabsichtige, und den alleinigen Verkauf desselben dem Kläger übertrage, erst dann aber ist darin weiter bemerkt, daß zwischen den beiden Betreffenden Folgendes besprochen und abgeschlossen worden sei:

> Herr Leutnant M. (Beklagter) verspricht bei dem Verkaufe von N. dem ꝛc. K. (Kläger) auf alle Fälle, selbst wenn der Verkauf nicht durch dessen Vermittelung abgeschlossen sein sollte, von der Kaufsumme bis zur Höhe von 40,000 Thlr. Ein Prozent und von da ab Zehn Prozent zu zahlen; außerdem trägt Herr M. alle Verläge und restituirt sie an Herrn K.

Digitized by Google

Der Inhalt gedachter Urkunde giebt in diesem Zusammenhange deutlich an die Hand, daß der dem Kläger ertheilte Auftrag zum Verkaufe des Ritterguts N., wornach letzterer hierzu ausschließlich und ohne Einmischung eines Dritten hat ermächtigt sein sollen, mit dem darauf vom Beklagten abgegebenen Versprechen in der genauesten Verbindung steht, und es folgt daraus von selbst, daß solches nicht für sich allein, sondern mit Rücksicht auf den vorhergehenden Auftrag in das Auge zu fassen und zu erklären ist. Dies vorausgesetzt, läßt sich aber bei Erwägung jener beiden Bestimmungen, nicht zu der Annahme gelangen, welche aus der erwähnten Verabredung abgeleitet worden ist. An und für sich nämlich würde Kläger dem ihm ertheilten Auftrage zum Verkaufe gedachten Ritterguts erst dann vollständig genügt haben, wenn seine Bemühungen zur Ausmittelung eines Käufers Erfolg gehabt hätten, und von ihm ein entsprechender Kauf auch zu Stande gebracht worden wäre; an sich würde er also auch nur in diesem Falle auf eine ihm für die Realisirung eines solchen Kaufs zugesicherte Vergütung Anspruch zu machen gehabt haben. Aus jener Urkunde und Beklagtens Zugeständnissen ergiebt sich nun zwar, daß dies nicht die Meinung der Contrahenten gewesen ist, da nach der obigen Bestimmung Beklagter die streitige Vergütung auf alle Fälle,

selbst wenn der Verkauf nicht durch Klägers Vermittelung abgeschlossen sein sollte,

zu gewähren haben sollte; allein damit ist noch nicht gesagt, daß Beklagter zur Bezahlung dieser Vergütung für alle Verkaufsfälle ohne Unterschied, und ohne Rücksicht darauf, ob dabei Klägers vermittelnde Thätigkeit überhaupt eingetreten wäre, oder nicht, sich verpflichtet hätte; denn aus dem ebengedachten Zwischensatze, namentlich aus dem in selbigem gebrauchten Worte: „abgeschlossen" auf welches im Zusammenhange mit dem früher erwähnten Auftrage hauptsächliches Gewicht zu legen ist, geht hervor, daß nur in Beziehung auf den Kaufsabschluß Klägers Vermittelung nicht hat für erforderlich geachtet und daher die Gültigkeit des ertheilten Versprechens nicht von dessen Mitwirkung bei selbigem hat abhängig gemacht werden sollen. Daß aber Kläger auch der vermöge des besagten Auftrags übernommenen Verpflichtung zur Beschaffung eines Käufers überhoben sein sollen, findet in dem Inhalte der Urkunde nirgends ausreichende Bestätigung.

Digitized by Google

Zur Schlüssigkeit des auf Gewährung der fraglichen Vergütung gerichteten Anspruchs, würde mithin in Gemäßheit jenes Uebereinkommens das Anführen gehört haben, daß in Folge der Bemühungen Klägers ein Käufer ausgemittelt worden, und daß mit diesem, ohne daß jedoch nach Obigem Kläger weiter zu concurriren und dabei selbst thätig mitzuwirken gehabt hätte, ein Kauf über benanntes Gut zum Abschluß gekommen.

53.

Ueber das Klagerecht des Ehemannes in Betreff der auf den Namen der Ehefrau außenstehenden Forderungen.

II. Sen.-Erk. v. 29. Jan. 1863 no. 20/15.

Im Wege des Executionsprozesses fordert Kläger 350 Thlr. unbezahlte Kaufgelder, welche Beklagter Inhalts des mit der Ehefrau Klägers abgeschlossenen Gutskaufs d. d. 1. September 1861 und Recognitionsregistratur vom 17. September 1861 der Verkäuferin, der Ehefrau des Klägers schuldet, indem Beklagter beim Kaufabschlusse am 1. September 1861 versprochen hat, 500 Thlr. unbezahlte Kaufgelder bei Recognition des Contracts an die Verkäuferin zu bezahlen, hierauf 150 Thlr. berichtigt worden sind, und die Kaufscontrahenten sich dahin vereinigt haben, daß die verbleibenden 350 Thlr. am 1. November 1861 bezahlt werden sollen. In beiden vorigen Instanzen ist die erhobene Executionsklage deshalb in der angebrachten Maße abgewiesen worden, weil der Ehemann nach Sächsischem Rechte nicht für berechtigt angesehen werden könne, außenstehende Forderungen, welche zu dem Dotal- und Paraphernalvermögen seiner Ehefrau gehören, auf eigenen Namen und ohne Beitritt der Ehefrau einzuklagen.

Die Verordnung der Landesregierung vom 7. Juni 1821 (Ges.-Samml. v. J. 1821 S. 75) verneint die Rechtsfrage: ob ein Ehemann die zum beweglichen Einbringen seiner Ehefrau gehörenden Gelder und andere Sachen ohne ihre Zuziehung in Empfang nehmen und darüber gültig quittiren möge? in Fällen der vorliegenden Art, wo in einer über die Verbindlichkeit zur Zahlung oder Ausantwortung ausgestellten Urkunde die Ehefrau als die Gläubigerin

Digitized by Google

oder als die zum Empfange berechtigte Person benannt worden ist, indem die gedachte Verordnung vorschreibt, daß bei erfolgender Auszahlung der zum Einbringen gehörigen Hauptstämme zur völligen Befreiung des Schuldners fernerhin die Einwilligung der Ehefrau über die vom Ehemanne zu geschehende Erhebung oder Empfangnahme beigebracht werden soll. Nach dem Erscheinen der gedachten Verordnung ist die Frage, ob dieselbe auf den darin erwähnten Fall der Erhebung oder Quittirung eines eheweiblichen Kapitals Seiten des Ehemannes zu beschränken oder auf andere Handlungen des Ehemannes, namentlich die gerichtliche Einklagung einer außenstehenden eheweiblichen Forderung Seiten des Ehemannes auszudehnen sei, von den Spruchbehörden verschieden beantwortet worden. Das OAG. hat Inhalts der

in der Zeitschrift für Rechtspfl. und Verwalt. N. F. Bd. II. S. 76 und 77.

und in Wochenblatt fürmerkw. Rechtsfälle, Jahrg. 1847 S. 124. abgedruckten Entscheidungen angenommen, daß ein Ehemann zur selbstständigen Kündigung und Einklagung der seiner Ehefrau zuständigen Forderungen berechtigt sei, und erst dann, wenn es zur Zahlung komme, die Einwilligung der Ehefrau beizubringen habe, wogegen dieselbe Behörde in neuerer Zeit wiederholt das Befugniß des Ehemannes, außenstehende eheweibliche Forderungen ohne Zustimmung der Ehefrau einzuklagen, in Zweifel gezogen hat,

Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle, Jahrg. 1849 S. 277 und Jahrg. 1861 S. 158.

wie denn auch das mittelst Verordnung vom 2. Januar 1863 publicirte, wie wohl noch nicht in Kraft getretene K. S. bürgerliche Gesetzbuch §. 1677 die Bestimmung enthält, daß der Ehemann zur Erhebung und Einklagung einer dem ehemännlichen Nießbrauche unterworfene Forderung der Einwilligung der Ehefrau bedürfe. Im vorliegenden Falle hat man sich der Entscheidung der früheren Instanzen angeschlossen, weil Kläger den Executionsprozeß, welcher unmittelbar auf die Einziehung des geklagten Kapitals im Executionswege gerichtet ist, gewählt hat, mithin hier die Verordnung vom 7. Juni 1821 eintritt, und der Grund, weshalb häufig dem Ehemanne ein selbstständiges Klagrecht im Wege des Ordinarprocesses eingeräumt

Digitized by Google

worden ist — nämlich das Interesse, welches der Ehemann an der richterlichen Entscheidung über die Existenz und die Höhe einer eheweiblichen Forderung hat — wegfällt. Dieselben Grundsätze leiden auch auf die mitgeforderten Verzugszinsen Anwendung, da dieselben nur mit dem Kapitale selbst eingeklagt werden können.

III. Grund- und Hypothekenrecht.

5.

Protestation des Miethers gegen Veräußerung des Grundstücks Seiten des Vermiethers ohne Ueberweisung des Miethvertrags an den Käufer. — Zu §. 16 sub 7 und 147 des Hyp.-Ges.

III. Sen.-Verordn. v. 15. Nov. 1862 no. 287.*)

Die Vorschriften, welche das Hypothekengesetz vom 6. November 1843 in §. 16. sub 7. über das Verhältniß zwischen Vermiether und Abmiether enthält, sind auf den vorliegenden Fall einer Protestation gegen Veräußerung des ermietheten Grundstücks zur Sicherstellung der Rechte des Abmiethers allerdings nicht anwendbar, weil sie ein Versprechen des Vermiethers voraussetzen, dessen Ertheilung von der freien Entschließung desselben abhängt. — Es kann

*) H. protestirte, unter Ueberreichung eines Miethvertrages, wonach er in des G. Hause die 1. Etage auf 6 Jahre ermiethet, und unter Ausspruch der Befürchtung, daß er im Fall des Verkaufs, ohne Vinculirung des Käufers an den Miethvertrag nach dem Grundsatze: Kauf bricht Miethe, seines miethweisen Besitzes vor der Zeit entsetzt werden werde, gegen Weiterveräußerung des Grundstücks Seiten des G. Die erste Instanz wieß die Protestation zurück. Allein das AG. Leipzig reformirte zu Gunsten des Antragstellers und das OAG. (Rationen im Text) confirmirte auf G.'s Appellation.

Digitized by Google

also die Verweigerung einer solchen Zusage im Laufe der Miethverhandlungen wohl den Erfolg haben, daß der Miethlustige vondem Abschlusse des Vertrages absteht; ist aber der Vertrag ohne dieselbe zum Abschlusse gediehen, so kann der Vermiether, ohnerachtet seiner Verbindlichkeit, den Miethcontract zu erfüllen, doch nicht gezwungen werden, dem Abmiether ein nach §. 16. sub 7. zum Eintrag geeignetes Versprechen für den Fall einer künftigen Veräußerung des betreffenden Grundstücks zu ertheilen. Ueberhaupt aber erwirbt der Abmiether weder durch den Abschluß des Miethvertrages selbst, noch durch das Versprechen des Vermiethers, im Falle einer vor Beendigung der Miethe eintretenden Veräußerung dem Käufer die Erfüllung dieses Vertrags zur Pflicht zu machen, ein zum Eintrag in das Grund- und Hypothekenbuch geeignetes Recht im Sinne des §. 147 des Hypothekengesetzes. Denn der erstere gewährt ihm nur einen persönlichen Anspruch auf Contractserfüllung und auch das zuletzt erwähnte Versprechen wirkt nach §. 16. sub 7. nur als eine Beschränkung des Besitzers in der freiwilligen Verfügung über sein Grundstück, es begründet aber ebenfalls kein Recht an dem letzteren selbst. Andererseits folgt aber auch daraus, daß der §. 16. sub 7. ein solches Versprechen unter diejenigen Dispositionsbeschränkungen rechnet, welche in das Grund- und Hypothekenbuch eingetragen werden können und eingetragen werden müssen, wenn sie auch dem gutgläubigen dritten Besitzer gegenüber Geltung haben sollen, noch nicht, daß dieses Versprechen der einzig mögliche Weg für den Abmiether sei, sich gegen die Rechtsnachtheile zu schützen, welche ihm durch eine Veräußerung des Grundstücks nach dem bekannten Grundsatz „Kauf bricht Miethe" d. h. nach der Regel, daß der Singularsuccessor an die persönlichen Verpflichtungen seines Vorbesitzers aus Miethverträgen, welche dieser während seiner Besitzzeit abgeschlossen hat, nicht gebunden ist — leicht entstehen können. Der Vermiether ist, wie schon die vorige Instanz hervorgehoben, verpflichtet, dem Abmiether die vermietheten Locale während der ganzen Contractzeit zur vertragsmäßigen Benutzung zu überlassen und ihm das uti frui zu gewähren und er kann sich von dieser Verpflichtung durch eine einseitige Handlung, wie den Verkauf des vermietheten Grundstücks an eine dritte Person nicht befreien, es würde vielmehr eine vertragswidrige Handlung sein,

Digitized by Google

wenn er sich durch eine solche Veräußerung die Füglichkeit directer Vertragserfüllung entziehen und den Abmiether, im Falle der Expulsion durch den dritten Besitzer, auf die Ausführung eines zumeist mißlichen Entschädigungsanspruchs beschränken sollte. Das Recht des Abmiethers, einer solchen Disposition seines Mitcontrahenten zu widersprechen und dieselbe durch gesetzlich zulässige Mittel in Zeiten zu verhindern, folgt theils aus dem Miethvertrage, theils aus der Betrachtung, daß es die Aufgabe der Richterhülfe im Staate ist, den Betheiligten nicht nur das Anerkenntniß, sondern auch, da nöthig durch provisorische Verfügungen, die Realisirung ihrer Rechte zu verschaffen. Als eine provisorische Maßregel dieser Art bietet sich für den Abmiether, welcher ein Versprechen, wie es der §. 16 sub 7 erwähnt, nicht verlangt hat, nur die Protestation gegen eine ohne Berücksichtigung des noch bestehenden Miethvertrags von dem Vermiether etwa vorzunehmende Veräußerung dar, durch welche sich der letztere um so weniger für beschwert erachten kann, als er sich durch den Abschluß des Miethvertrags selbst in der Verfügung über sein Grundstück dem Abmiether gegenüber beschränkt hat. Das Hypothekengesetz hat zwar weder in dem §. 24 noch in den §§. 147 und 148 den hier vorliegenden speciellen Fall einer Protestation ausdrücklich erwähnt, allein eine analoge Anwendung der in §. 147 ertheilten Vorschriften auf diesen Fall ist um so unbedenklicher, als die Bestimmungen in §. 148 beweisen, daß der Gesetzgeber dieses Schutzmittel nicht blos und ausschließlich zu Sicherung solcher Ansprüche, welche den Erwerb oder die Löschung von Rechten an Grundstücken oder eingetragener Forderungen betreffen, zulassen wollte. Daß aber bei einer von dem Abmiether zu Sicherstellung seines persönlichen Rechtes auf Contractserfüllung eingewendeten Protestation blos die Existenz des Miethvertrags und dessen Dauer bescheinigt zu werden braucht, hat darin seinen Grund, daß schon in der Füglichkeit der unbeschränkten Veräußerung und dem Grundsatze „Kauf bricht Miethe" die Gefahr für den Abmiether liegt. Eben deshalb aber, weil sich zu einer Veräußerung jeder Zeit Gelegenheit finden und der Eintrag des Käufers ohne Vorwissen des Miethers erfolgen kann, würde das Befugniß des Letzteren, sich durch eine Protestation zu schützen, ein illusorisches sein, wenn man dasselbe erst dann anerkennen wollte,

Digitized by Google

wenn ein Kauf bereits abgeschlossen worden ist. Die ziemlich fern liegende Möglichkeit einer Ueberfüllung des Grund- und Hypothekenbuches mit Protestationseinträgen ist wenigstens kein zureichender Grund, dem Abmiether den ihm gebührenden gesetzlichen Schutz zu verweigern. Dagegen ist dem Appellanten darin vollkommen beizupflichten, daß ihn der Impetrant nur an einer Veräußerung, wobei dem Käufer die Erfüllung des Miethvertrages nicht zur Pflicht gemacht wird, zu verhindern befugt ist. Ein mehreres ist aber auch von dem Impetranten nach Bl. — in Verbindung mit Bl. — gar nicht beantragt und auch von der vorigen Instanz, welche das Gerichtsamt nur angewiesen hat, sich dem Antrage des Impetranten gemäß zu bezeigen, nicht angeordnet worden.

IV. Civilprozeß.

26.

Einzelne Gemeindemitglieder sind nicht berechtigt, Befugnisse prozessualisch zu verfolgen, welche, wenn auch ihnen nutzbar, der Gemeinde als solcher zustehen.

II. Sen.-Erk. v. 13. Novbr. 1862 no. 765/760.*)

Der Ausspruch Bieners im Systema processus §. 33 i. f., auf welchen in den Entscheidungsgründen voriger Instanz Bezug genom-

*) Der Landgemeinde P. war angeblich vom Besitzer des Rittergutes X. eine Wegegerechtigkeit über gewisse zum Rittergute gehörige Flurstücke constituirt worden. Kläger, Mitglieder dieser Gemeinde, und bei der Ausübung der Servitut interessirt, klagten nun gegen den Rittergutsbesitzer confessorisch. Die Ima wies die Klage i. d. a. M. ab. Die IIda reformirte zu Gunsten der Kläger. Allein das OAG. stellte die Ima wieder her, indem es, der IIda in anderen Punkten beistimmend, die von dieser anerkannte Legitimation der Kläger zur Klagerhebung vermißte. In dieser Beziehung wurde u. A. das im Text Gegebene bemerkt.

Digitized by Google

men worden ist, ist auf den vorliegenden Fall schon deswegen nicht anwendbar, weil die rechtliche Natur und mit ihr die prozessualische Vertretung der Landgemeinden durch die seitdem zur Geltung gekommene Landgemeindeordnung vom 7. November 1838 in mannigfacher Hinsicht wesentliche Aenderungen erfahren hat. Kläger leiten ihren Anspruch auf Gewährung des Weges aus dem Versprechen eines Vorbesitzers des Beklagten ab, daß ein bis dahin der Gemeinde P. über gewisse Grundstücke zuständig gewesener Weg nach Vertauschung dieser Grundstücke gegen andere auf diese letztere tauschweise ihm überlassenen Parzellen verlegt, von ihm neu hergestellt und im guten Stande erhalten werden solle. Diese Zusage, obwohl nicht der Gemeinde unmittelbar gegeben, da dieselbe bei dem Tauschgeschäft nicht die Stelle einer Partei einnahm, wäre an sich wohl geeignet gewesen, der Gemeinde ein Recht zu verschaffen, wenn, wie in der Klage behauptet worden, der dem Versprechenden gegenüberstehende Contrahent von der Gemeinde durch deren gesetzmäßige Organe beauftragt gewesen, das angeblich erfolgte Versprechen zu bedingen, oder wenn wenigstens die gleichfalls behauptete ausdrückliche Acceptation Seiten der Gemeindevertreter oder die stillschweigende Acceptation vermöge der Benutzung des zugesagten Weges durch die Glieder der Gemeinde hinzugetreten wäre.

Es würde nun dieses Recht der Gemeinde nicht zum patrimonium universitatis allein zu rechnen gewesen, vielmehr zu einem wesentlichen Theile nur als res universatis in specie sic dicta zwar zum Eigenthume der Gemeinde gehörig, doch der Benutzung der einzelnen Gemeindeglieder unterliegend, zu betrachten gewesen sein. Immerhin aber erscheint auch nach der Darstellung der Kläger das Recht als ein Recht der Gemeinde, dessen Geltendmachung zunächst also nur dieser selbst durch ihre gesetzlichen Vertreter zusteht. Ob und unter welchen Voraussetzungen die jetzigen Kläger ein Befugniß in Anspruch zu nehmen haben, die Gemeinde zu nöthigen, die ihnen zum Vortheile gereichende Wegegerechtigkeit auf dem Rechtswege geltend zu machen, ist eine Frage, welche, wenn überhaupt, gegenwärtig wenigstens nicht zur rechtlichen Entscheidung zu ziehen ist.

Betrachtet man aber das von den Klägern beanspruchte Befugniß genauer, so ergiebt sich, daß dasselbe nicht durchaus theilbar ist. Es soll der Beklagte verbunden sein, einen Weg herzustellen, im Stande

Digitized by Google

zu erhalten, und dessen Benutzung durch die Glieder der Gemeinde P. geschehen zu lassen. Es involvirt dies für ihn zunächst die Verbindlichkeit, eine Strecke Landes unbenutzt zu lassen, und dies eben so, wenn alle Gemeindeglieder des Weges sich bedienen, als wenn ein einzelnes Glied davon Gebrauch macht. Der Erfolg eines von Einzelnen mit dem angeblich Verpflichteten geführten Rechtsstreites kann daher niemals dem Umfange des behaupteten Rechtes entsprechen. Obtiniren sie, so beanspruchen sie dabei zugleich den untheilbaren, und deshalb nur von der Gesammtheit der Berechtigten zu beanspruchenden Theil des Befugnisses, die Nichtbenutzung des zur Ausübung der Wegegerechtigkeit nothwendigen Areals von Seiten des Verpflichteten; unterliegen sie aber, so besteht nichtsdestoweniger der Anspruch der übrigen Gemeindeglieder auf jene Nichtbenutzung des Areals durch den Verpflichteten fort. Ueberdem aber wird dieser Letztere durch den günstigen Erfolg des Rechtsstreites nur so lange geschützt, als nicht seine Prozeßgegner aus der Gemeinde ausscheiden und neue Glieder an ihre Stelle treten. Seine Lage würde also eine ungleich schlimmere werden, wenn statt der ursprünglich berechtigten Gemeinde auch einzelne Gemeindeglieder die aus dem Rechte der Gesammtheit für sie entspringenden Einzelnrechte im Prozeßwege geltend machen dürften und deshalb kann nicht aus der nur gegen die Gemeinde übernommenen Verpflichtung ein Klagrecht anderen Personen als nur der Gemeinde selbst zugestanden werden.

27.

Ueber die Zulässigkeit der subjectiven Klagenhäufung.

II. Sen.-Erk. v. 25. Novbr. 1862 no. 761/731.

Die subjective Klagenhäufung ist bekanntlich nur dann für unzulässig zu achten, wenn dadurch im Fortgange des Prozesses Verwirrung zu besorgen steht.

Zeitschr. für Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. II., S. 174.

Daß nun in gegenwärtigem Falle, wo von den Klägern in Bezug auf die betreffenden Parzellen ein und dasselbe Befugniß auf Beklagtens Grundstücke vermöge der Acquisitivverjährung in Anspruch genommen wird, eine Verwirrung dieser Art bei Führung des den ersteren

Digitized by Google

auferlegten Beweises nothwendig entstehen müsse, läßt sich im voraus keineswegs behaupten, und es hat daher diese Ausstellung zur Abweisung der Klage um so weniger Veranlassung geben können, als es dem Richter eintretenden Falles ohnehin unbenommen sein würde, durch geeignete Anordnungen und Veranstaltungen jenem Uebelstande zu begegnen.

28.

Mangelhaftigkeit des die active Sachlegitimation betreffenden Vorbringens (namentlich Ungeeignetheit desselben für den zum Beweise der Klage benutzten Eidesantrages) kann in der Regel nicht Abweisung einer sonst schlüssigen Klage, sondern nur ein Erkenntniß auf bessere Legitimation zur Folge haben.

II. Sen.-Erk. v. 18. Decbr. 1862 no. 892/846.

(Der Satz wurde als Ansicht des OAG.'s unter Verweisung auf den in der Zeitschr. f. Rpfl. u. Verw. N. F. Bd. XIX., S. 234 mitgetheilten Vorgang in einem Falle ausgesprochen, wo das Anführen, „daß Kläger das mit seinem verstorbenen Associé W. in Gemeinschaft geführte Geschäft mit allen Activen und Passiven zu alleiniger Fortführung übernommen habe", zwar für den Eidesantrag ungeeignet zu befinden, später aber solches durch Urkunden liquid gestellt war, indem, wie in dem angeführten Präjudize des Weiteren ausgeführt ist, solchen Falles auch nicht etwa eine mutatio in modo probandi anzunehmen ist.)

29.

An den Grundsätzen über die erforderliche Begründung der Exceptionen ist durch die Prozeßnovelle vom 30. Dec. 1861 §. 13 zum Nachtheil des Beklagten Etwas nicht geändert.

II. Sen.-Erk. v. 29. Jak. 1863 no. 16/11.

Mit der vorigen Instanz stimmt man darin überein, daß in dem executivischen Vorbringen Bl. die Behauptung der Beklagten, daß sich

Digitized by Google

Kläger wegen der jetzt geklagten Forderung für befriedigt erklärt habe, zu finden ist, und daß, wenn auch das gedachte, zur Zeit factisch nur ungenügend substantiirte Vorbringen aus den Bl. angeführten Gründen zum Eidesantrage sich nicht eignet, doch den Beklagten der Beweis der vorgeschützten Ausflucht nicht ohne Weiteres versagt werden kann. Was Kläger gegen die vorstehende Ansicht vorgebracht hat, ist unerheblich, da dem Beklagten nicht, wie dem Kläger bei Anstellung der Klage die Verpflichtung obliegt, sich sofort zu erklären, ob er sich des Eidesantrages als Beweismittels bedienen will, mithin, wenn er freiwillig den Eid über die Ausflüchte anträgt, die Unzulässigkeit dieses Beweismittels nicht den Verlust der connexen Exception herbeiführen, sondern nur die Ertheilung eines Beweisinterlocuts mit Vorbehalt der Eidesdelation, insofern Beklagter die vorgeschützte Ausflucht im Beweise factisch annoch gehörig begründet, rechtfertigen kann. Die vom Kläger angezogene Prozeßnovelle vom 30. Decbr. 1861 §. 13 berührt nicht den gegenwärtigen Fall, wo sich die Beklagten der Eidesdelation über die Einrede rechtzeitig bedient haben, auf den Eid jedoch, obwohl derselbe vom Gegner zurückgegeben worden ist, wegen mangelhafter thatsächlicher Begründung der Einrede nicht erkannt werden kann. Wenn gleichwohl bei den landständischen Verhandlungen über §. 13 der gedachten Prozeßnovelle

Landtagsmittheilungen der I. Kammer, S. 1756.

von einem Abgeordneten die Meinung aufgestellt worden ist, daß der Beklagte in dem nurgedachten Falle seiner Einrede für den vorliegenden Prozeß verlustig werde, mithin auf deren Beweis nicht erkannt werden dürfe, so kann aus dieser beiläufigen Aeußerung einer subjectiven Ansicht eines einzelnen Abgeordneten die Absicht des Gesetzgebers, die zeitherige Praxis aufzuheben, in keiner Weise gefolgert werden.

Siegmann, in den Annalen des OAG.'s Bd. V., S. 116.
Marschner, in der Zeitschrift für Rechtspfl. und Verw. N. F. Bd. XXII., S. 34.
Osterloh, daselbst, S. 215 fg.

Digitized by Google

30.

Scriptura pro scribente?

II. Sen.-Erk. v. 2. Jan. 1863 no. 903/869 v. 1862.*)

Die Kläger haben wegen der in der Urkunde eingeräumten 249 Thlr. 26 Ngr. den Beklagten mittelst zweier gleichzeitg am 27. Febr. 1862 bei Gericht überreichten Klagen in rechtlichen Anspruch genommen, indem sie die am 31. Decbr. 1861 gefällig gewordene Rate im Betrage von 80 Thlr. im Executionsprozesse unter Zugrundelegung der oftgedachten Urkunde, die übrigen beiden Raten aber im Betrage von 169 Thlr. 26 Ngr. im Ordinarprozesse mittelst der vorliegenden Klage fordern, in letzterer jedoch in Widerspruch mit der Urkunde ihren Anspruch nicht auf einen Commissions-, sondern auf einen Kaufvertrag stützen und annehmen, daß die zuletzt erwähnten 169 Thlr. 26 Ngr. mindestens seit dem 1. Februar 1861, von welchem Tage an sie Verzugszinsen petiren, gefällig seien. Zu diesem Verfahren erachten sich die Kläger unter Zustimmung der ersten Instanz deshalb für berechtigt, weil nach ihrer Ansicht in den von Beklagtem in jenem Schuldbekenntnisse gestellten Zahlungsterminen eine einseitige Zahlungsofferte des Beklagten zu erblicken sei, deren Annahme Seiten der Kläger wegen der jetzt geklagten 169 Thlr. 26 Ngr. deshalb allein, weil Kläger diese Urkunde an sich behalten und von derselben wegen der Rate von 80 Thlrn. im Executivprozesse Gebrauch gemacht haben, nicht gefolgert werden könne. Mit Recht ist die gedachte Meinung von voriger Instanz nicht gebilligt worden.

*) Beklagter hatte den Klägern eine Urkunde zugestellt, in welcher er bekannte, deren Erblasser für in Commission erhaltene Waaren 249 Thlr. 26 Ngr. zu schulden und versprochen hatte, solche mit 80 Thlr. den 31. Dec. 1861, 70 Thlr. den 31. Dec. 1862, 99 Thlr. 26 Ngr. den 31. Dec. 1863 zu zahlen. Unter Bezugnahme auf diese Urkunde, jedoch unter der Behauptung, daß nicht Commission, sondern Kauf vorgelegen, forderten Kläger, welche bereits die 1. Rate im Executivprozesse geltend gemacht, Zahlung der 2. und 3. Rate im Laufe des Jahres 1862 im Ordinarprozesse, da Kaufgelder im Zweifel als solche fällig und die Gestundung von ihnen nicht genehmigt sei. Die Ima condemnirte. Allein die IIda (AG. Budissin) reformirte auf Abweisung und das OAG. confirmirte, indem es nur wegen inmittelst eingetretener Fälligkeit der 2. Rate insoweit die Condemnatoria herstellte.

Digitized by Google

Man kann die Bl. berührte Frage, ob ein Gläubiger, der ein von seinem Schuldner zugesendetes Schuldbekenntniß, in welchem sich Letzterer einseitig früher nicht vereinbarte Zahlungstermine gesetzt hat, annimmt, diese Zahlungstermine gegen sich gelten lassen müsse, sobald er die Urkunde vorbehaltlos behalten und dem Schuldner seine entgegengesetzte Willensmeinung nicht rechtzeitig kund gegeben hat, auf sich beruhen lassen, da im vorliegenden Falle die Kläger die Schuldurkunde nicht blos über ein Jahr lang an sich behalten, sondern auch von derselben wirklich Gebrauch gemacht haben, indem sie dieselbe wegen der einen Rate der zugestandenen Schuld der erhobenen Executivklage zu Grunde gelegt und wegen der beiden anderen Raten im Betrage von 169 Thlr. 26 Ngr. im vorliegenden Ordinarprozesse auf dieselbe zum Nachweise des vom Beklagten geleisteten Anerkenntnisses der Existenz auf Höhe der Schuld ausdrücklich Bezug genommen haben.

Nach der in der Praxis angenommenen Meinung leidet die Rechtsregel: Scriptura pro scribente nil probat eine Ausnahme, wenn der Gegner selbst sich auf eine einseitig vom Aussteller verfaßte Urkunde wider diesen bezogen hat,

Gensler, im Archive für civil. Praxis Bd. 2, S. 3.

Linde, Lehrbuch des Civilprozesses, §. 276.

Bayer, Vorträge, S. 494 ed. 7.

indem man von der Annahme ausgeht, daß der Gegner des Verfassers der Urkunde, welcher sich auf den günstigen Theil derselben berufe, den ganzen Inhalt der Urkunde gegen sich gelten lassen müsse, ihm mithin nicht gestattet sei, dasjenige, was er für seine Intentionen für passend erachtet, für sich anzuziehen, das Andere aber abzulehnen. Obwohl nun das Axiom: instrumentum, quod quis pro se allegat, etiam contra se admittere debet, sobald die producirte Urkunde aus verschiedenen Bestandtheilen besteht und lediglich zum Nachweise einer bestimmten darin enthaltenen Thatsache vorgelegt worden ist, vielfachen Beschränkungen und Ausnahmen unterliegt,

Heise und Cropp, jurist. Abhandl. Thl. 1. Nr. VIII., S. 113 fg.

Renaud, im Archive für civil. Praxis Bd. XLIV., S. 152 fg.

Müller, in der Zeitschr. für Rechtspfl. und Verw. N. F., Bd. II., S. 136 fg.

Digitized by Google

so ist dasselbe dennoch unzweifelhaft dann anzuwenden, wenn es sich um Interpretation einer producirten Urkunde einfachen Inhalts handelt und sich hierbei ergiebt, daß vom Producenten die in der Urkunde abgegebene Willenserklärung des Ausstellers in einer mit der Urkunde selbst nicht zu vereinigenden Weise ausgelegt worden ist. Denn solchenfalls treten mit Rücksicht darauf, daß die Beweiskraft eigener Urkunden gegen den Aussteller auf dem von ihm darin abgelegten Geständnisse beruht, die Grundsätze von der sogenannten confessio qualificata ein. Wie nun aber nach diesen Grundsätzen unzulässig ist, ein Geständniß dergestalt zu theilen, daß etwas als eingeräumt angenommen wird, was der Andere so uneingeschränkt, so unbedingt, so ohne modificirende Nebenumstände gar nicht eingeräumt hat, so darf auch eine Urkunde nicht in einer solchen Maße getheilt werden, daß man dieselbe in einem vom Aussteller gar nicht gemeinten Sinne versteht, oder das Geständniß in einem anderen Sinne, als in welchem es abgelegt worden ist, annimmt.

Heise und Cropp, a. a. O., S. 123 fg.

Linde, in der Gießener Zeitschr. für Civilr. und Prozeß Bd. VI., S. 388 fg.

Zeitschr. für Rechtspfl. und Verw. N. F. Bd. II., S. 144.

Es ist deshalb der Richter verpflichtet, den ganzen Inhalt des Documents zu prüfen und zu erwägen, inwieweit derselbe über die Existenz und den Umfang des von dem Aussteller abgelegten, von dem Gegner angezogenen Geständnisses Aufklärung giebt, eine Prüfung, gegen welche der Producent sich durch eine Protestation nicht schützen kann.

Renaud, a. a. O., S. 155.

Aus diesen Gründen war es den Klägern nicht erlaubt, sich auf das von dem Beklagten in der Urkunde vom 4. Januar 1860 erklärte Geständniß zu beziehen, die in derselben Urkunde gesetzten, mit dem Geständnisse selbst in unmittelbare Verbindung gebrachten Zahlungstermine aber abzulehnen.

Digitized by Google

31.

Der Beauftragte beider Parteien ist i. Z. classischer Zeuge.

II. Sen.-Erk. v. 23. Decbr. 1862 no. 767/764.

Daraus, daß die beiden Beweiszeugen bei dem hier in Frage stehenden, zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu Stande gekommenen Kaufs- und Darlehnsgeschäfte als Vermittler concurrirt haben, kann ein Grund gegen ihre Classicität insofern nicht abgeleitet werden, weil sie nach Inhalt der angezogenen Depositionen zu diesem Geschäfte von beiden Contrahenten als Beauftragte zugezogen worden sind, auch nichts vorliegt, was zu deren Annahme berechtigte, daß sie bei dem Ausgange des gegenwärtigen Prozesses interessirt seien.

Leyser, medit. ad Pand. sp. 681 med. 9. 10.
Hommel, rhaps. obs. 161.

32.

Ueber die Tragweite allgemeiner Appellationsbeschwerden in Betreff der dem Appellanten an sich beschwerlichen, jedoch nicht durch specielle Gravamina berührten Urthelspunkte.

II. Sen.-Erk. v. 26. Juni 1862 no. 476/427.

Die vorige Instanz hat ganz richtig als den bekanntesten Prozeßgrundsätzen widerstreitend bezeichnet, daß in dem Bescheide auch dem Kläger der Eidesantrag für den ihm auferlegten Beweis vorbehalten worden ist, sich jedoch an der Abänderung dieses Formfehlers im Mangel eines speciellen Gravamen des Beklagten in dieser Beziehung für behindert erachtet.

Das OAG. theilt nun diese letztere Auffassung nicht, erachtet es vielmehr der particularen Prozeßtheorie entsprechend, daß auf Grund eines Gravamens, wie des auf Entbindung Beklagtens von der Klage gerichteten, der Appellationsrichter, wenn er diesem — übrigens nur auf Abweisung der Klage zu formuliren gewesenen — Gravamen im Hauptwerke zu deferiren nicht in der Lage ist, doch alles dasjenige vorkehre, was bei der Bestätigung des Beweisinterlocuts, den Rechten

Digitized by Google

gemäß, als eine Beschränkung der dem Kläger ertheilten Befugnisse nothwendig erscheint.

Als ein solches in dem majus liegendes minus muß es aber angesehen werden, wenn dem Kläger für den Beweis der Eidesantrag abgeschnitten wird.

33.

Zu §. 6 des Erl.-Ges. vom 13. Jan. 1838. — Distributoria.

II. Sen.-Erk. v. 12. Decbr. 1862 no. 862/835.

Durch die Bestimmung des Erläuterungsgesetzes vom 13. Januar 1838 §. 6 verbunden mit §. 1a ist der Zweifel, ob bei Berechnung der appellablen Summe Zinsen oder Nutzungen als Nebenforderungen in Gemäßheit der Vorschrift in §. 18 des Gesetzes sub B. vom 28. Januar 1835 zu berücksichtigen seien, beseitigt, die Berücksichtigung derselben nach dem bis zum Tage der Publication des Erkenntnisses zweiter Instanz erwachsenen Betrage zur Regel erhoben und als Ausnahme von dieser Regel, so viel die Zinsen anlangt, nur der Fall übrig geblieben, wenn bei der Execution nach rechtskräftiger Entscheidung der Hauptsache ein solcher Streit über Zinsen als Nebenforderungen entsteht, welcher durch rechtliches Erkenntniß entschieden werden muß. Als exceptionelle Bestimmung ist die eben gedachte Beschränkung der Regel strict zu erklären und auf die vorliegende, in Beziehung auf den Distributionsbescheid entstandene Streitigkeit, obschon dieser Bescheid der sonst üblichen liquidi constitutio des Executionsverfahrens nicht unähnlich ist, in Mangel der sonstigen Erfordernisse dieses Verfahrens unanwendbar. Mithin war die von der Klägerin ergriffene Berufung für zulässig zu achten.

34.

Eine wegen Geringfügigkeit des Objectes der in der Appellationsschedul aufgestellten Beschwerden, unzulässige Appellation, wird nicht durch nachträgliche, wenn auch im Allgemeinen vorbehaltene, Aufstellung weiter greifender Gravamina in der Deduction zulässig.

II. Sen.-Erk. v. 4. Decbr. 1862 no. 804/811.*)

Da die in der Appellationsschedul aufgestellten Beschwerden offenbar

*) Auf eine den Kaufpreis für eine Wäschmangel mit Zubehör betreffende Ordinarklage war in Ima praevio relato condemnatorisch erkannt. Die

Digitized by Google

nur einen geringfügigen Gegenstand betreffen, indem die an sich allgemeine, eine weiter gehende Tendenz nicht ausschließende Fassung der ersten Beschwerde in der damit verbundenen und, wie die Einleitung durch das Wort „vielmehr" ausdrückt, den Zweck und Gegenstand des Rechtsmittels speciell erläuternden zweiten Beschwerde auf einen einzelnen Punkt der vorigen Entscheidung, die Abweisung der Klage bezüglich der für Fertigung eines Auftreibetisches geforderten 25 Thlr. beschränkt wird, auch das Object der dritten, auf die Kosten des vorigen Rechtsmittels bezüglichen Beschwerde in der hier fraglichen Beziehung nach Maßgabe des Erläuterungsgesetzes vom 13. Januar 1838 §. 1 b einflußlos bleibt, mithin, noch abgesehen davon, daß Klägers Suchen, so weit es von der zweiten Instanz abgewiesen worden, nur einen Anspruch von 5 Thlr., nicht 25 Thlr., umfaßt, das ergriffene Rechtsmittel nach der Vorschrift in §. 19 des Gesetzes sub B. vom 28. Januar 1835 als unzulässig sich darstellt, hiergegen auch darauf, daß die in der Appellationsschedul vorbehaltene Vermehrung der dort aufgestellten Beschwerdegründe in der Deductionsschrift in einer Weise stattgefunden hat, welche die zweitinstanzliche Entscheidung in einer weiter gehenden, den Maßstab der Geringfügigkeit überschreitenden Richtung berührt, ein entscheidendes Gewicht nicht gesetzt werden mag, da nach der von dem OAG. schon wiederholt in Fällen dieser Art befolgten Rechtsmeinung die Bestimmung des Mandats vom 13. März 1822 §. 26, durch welche dem Appellanten die in der Appellationsschedul vorbehaltene Nachtragung von Beschwerden verstattet wird, der Natur der Sache nach eine zulässige Appellation voraussetzt, die Beurtheilung über die Zulässigkeit des Rechtsmittels aber nothwendig nach der zur Zeit der Einwendung bestehenden Gestaltung der Sache zu

---

IIda reformirte auf Bekl. Appellation theils wegen eines geringfügigen Theiles des Libellats auf Abweisung in d. a. M., theils wegen einer Exception auf Beweis. Nunmehr appellirte Kläger: Grav. I. daß es bei der in der Sache ertheilten erstinstanzlichen Entscheidung nicht zu lassen, Grav. II. vielmehr Klägers Suchen bezüglich der für Fertigung eines Auftreibetisches geforderten 25 Thlr. nicht statt habe und Grav. III. die Kosten des Rechtsmittels zu compensiren seien, behielt sich auch die An- und Ausführung weiterer Beschwerden vor. In der post decendium eingereichten Deduction richtete derselbe neue Beschwerden gegen die appellabele Beweisnachlassung; allein das OAG. befand die Berufung für unzulässig.

Digitized by Google

erfolgen hat, und von dem etwaigen Inhalte der nachmals eingebrachten Ausführungsschrift dem Geiste des Gesetzes gemäß um so weniger abhängig gemacht werden kann, als das letztere deutlich ausspricht, daß auch die Frage, ob eine Appellation im Mangel jeden Beschwerdegrundes für versäumt zu achten sei, nach dem Inhalte der eingewendeten Appellation ohne Rücksicht auf die vorbehaltene An- und Ausführung weiterer Beschwerden, beurtheilt werden soll, so hat das OAG. die eingewendete Berufung für unzulässig befunden.

35.

Zur Lehre von der appellatio coeca.*)

II. Sen.-Erk. v. 12. Dec. 1862 no. 824/834.

Dem Appellanten ist durch das Gesetz zwar wohl zur Pflicht gemacht, sich in der Berufungsschrift oder bei mündlicher Einwendung der Appellation ad protocollum die Anführung weiterer Beschwerdegründe, wenn sie deren nicht verlustig gehen wollen, ausdrücklich vorzubehalten; allein daß das Recht, die Berufung zu begründen, verloren gehe, wenn die Ausführung derselben nicht besonders vorbehalten worden, ist nirgends vorgeschrieben. Es würde dies aber auch nur dann vom Einflusse auf die gegenwärtige Entscheidung sein können, wenn die eingewendete Berufung, wie Beklagter behaupten will, wirklich appellatio coeca wäre. Als coeca ist die Appellation aber nicht anzusehen, denn in der Beschwerde, daß das erste Erkenntniß bestätigt worden sei, liegt unverkennbar wenigstens das Verlangen, daß es nicht bei der Abweisung der Klage verbleiben möge, wenn auch darüber, was Klägerin an die Stelle der Abweisung erkannt wissen will, in der Appellationsschedul keine Andeutung enthalten ist. Es konnte dies aber, da über die hauptsächliche Richtung des Erkenntnisses, welche Klägerin zu erstreben sucht, kein Zweifel obwalten kann, der Appellationsausführungsschrift füglich überlassen bleiben, worin Klägerin auch den Versuch gemacht hat, die gegen die Schlüssigkeit ihrer Klage geltend gemachten Gründe zu widerlegen.

*) Vergl. Annalen Bd. II. S. 376.

Digitized by Google

36.

Der eingetragene Civilbesitzer eines Grundstücks ist wegen Berühmungen eines Dritten in Betreff des ihm daran zuständigen Eigenthums zur provocatio ex lege diffamari unabhängig von der Frage berechtigt, wer im Naturalbesitze des Grundstücks sei.

II. Sen.-Erk. v. 24. Febr. 1863 no. 642/680 v. 1862.*)

Die Altgemeinde zu N. ist nach dem Marginalzeugniß Bl. — und der eigenen Angabe des Provocaten Bl. — als Eigenthümerin der Parzelle Nr. 36. — wovon der Provocat 26 Quadratruthen unter Nr. 36 a. beansprucht — im Grund- und Hypothekenbuche eingetragen. Nach den allgemeinen Principien und den speciellen Vorschriften des Gesetzes vom 6. November 1843. §§. 3. 5 ist bei Grundstücken, welche ein Folium erhalten müssen und besitzen, nur derjenige als Eigenthümer dieses Grundstücks anzusehen, welcher in dieser Eigenschaft oder, was gleichbedeutend, als Besitzer desselben im Grund- und Hypothekenbuche eingetragen ist.

Dieser ganz allgemein ausgesprochene Grundsatz ist auch auf diejenigen Personen anzuwenden, welche bei der Anlegung der Grund- und Hypothekenbücher als Besitzer eingeschrieben worden sind, zumal

*) Bei Anlegung des Grund- und Hypothekenbuchs für N. war die Altgemeinde daselbst als Civilbesitzerin der Flurbuchsparzelle Nr. 36 eingetragen. Provocat hatte nun, nachdem er zuvor in einem gegen ein einzelnes Altgemeindemitglied einen Besitzprozeß angestrengt und darin obtinirt, bei der Grund- und Hypothekenbehörde gegen die Disposition der Altgemeinde über einen von ihm als sein Eigenthum in Anspruch genommenen Theil jener Parcelle protestirt, die Altgemeinde aber hierauf wider ihn, wegen dieser Berühmung Provocationsklage erhoben.

Die Ima condemnirte Provocaten zu Anstellung der Hauptklage. Allein die IIda wieß die Provocation in der angebrachten Maße ab, indem theils der Naturalbesitz des Provocaten als bescheinigt angenommen, der Grundsatz zur Anwendung gebracht wurde, daß der Besitzer nicht provocirt werden könne, theils die Provocation als subsidiäres Rechtsmittel neben der der Provocation zuständigen Eigenthumsklage nicht zugelassen werden könne, theils der Erfolg der Provocationsklage in Bezug auf das Besitzrecht kein erschöpfender sei. Das OAG. trat dieser Aufstellung nicht bei, stellte vielmehr die Ima wieder her.

Digitized by Google

diese Einträge zur Basis für den ferneren Rechtsverkehr nach den Vorschriften des Gesetzes dienen müssen. Allerdings ist zwischen den bei der Anlegung der Grund- und Hypothekenbücher bewirkten Eintragungen der Grundstückseigenthümer und den nach Eröffnung und unter der Herrschaft des neueren Rechts erfolgten Einträgen insofern ein sehr wesentlicher Unterschied, als sich die bei der Anlegung eines Grund- und Hypothekenbuchs als solche eingezeichneten Grundstücksbesitzer vorkommenden Falls nicht auf das Princip der Oeffentlichkeit — §. 22 des angezogenen Gesetzes — berufen können, da ihr Eigenthum nicht durch den Eintrag entsteht, sondern schon vorher vorhanden gewesen sein muß; allein der Einfluß dieses Princips auf die Ansprüche dritter Personen ist gegenwärtig nicht in Frage. Der Provocat hat nun Inhalts der Klagbeifugen I. und II. gegen eine die Parcelle Nr. 36 a. betreffende Veräußerung protestirt, weil diese Parcelle nicht der Altgemeinde, sondern ihm zugehöre. Angesichts der angezogenen Vorschriften des Gesetzes vom 6. November 1843 liegt in diesem Anführen die Behauptung, daß dem Provocaten ein persönlicher Anspruch, ein Rechtstitel auf Abtretung des Eigenthums an der besagten Parcelle, als deren Besitzerin gegenwärtig die Altgemeinde eingetragen ist, zustehe, und die vorige Instanz erkennt auch Bl. — an, daß ein solcher Anspruch, wenn er an sich begründet, durch Anstellung einer Klage gegen die Provocantin durchzuführen sei. Da nach den Bestimmungen des neueren (§. 2. 3. 5. des angezogenen Gesetzes) der Naturalbesitz in Bezug auf den Erwerb des Eigenthums an Grundstücken ohne wesentliche Bedeutung ist, ein sogenanntes bürgerliches Eigenthum an eintragspflichtigen Grundstücken überhaupt nicht mehr anerkannt werden kann und ebendeshalb auch der eingetragene Besitzer jederzeit berechtigt erscheint, den Naturalbesitz des Grundstücks zu ergreifen, so läßt sich nach der Meinung des OAG.'s allerdings behaupten, daß nach dem dermaligen Rechte der eingetragene Besitzer schon als solcher berechtigt sei, auf Grund einer Berühmung, wie sie die Klagbeifugen I. und II. enthalten, die Provocationsklage ex lege diffamari gegen den Diffamanten anzustellen, und man würde nicht nur den Gebrauch dieses Rechtsmittels zu sehr beschränken, wenn man den Eigenthümer, falls sich der Diffamant im Naturalbesitze des betreffenden Grundstücks befinden sollte, zu Anstellung einer Vindication gegen

Digitized by Google

den letzteren lediglich zu dem Zwecke verweisen wollte, um denselben zur Ausführung seiner vermeintlichen Ansprüche auf Abtretung des streitigen Grundstücks zu zwingen, sondern es würde auch auf diesem Wege der Vindicant seine Absicht, die prätendirten Ansprüche der Gegenpartei zur gerichtlichen Erörterung und definitiven Entscheidung zu bringen, nicht einmal unbedingt und vollständig erreichen müssen. Der Provocationsproceß ex lege diffamari ist kein blos subsidiäres Rechtsmittel, und es ist dabei vornehmlich der Gesichtspunkt maßgebend, ob der Diffamant sich eines Rechtes berühmt habe, bei dessen Ausführung ihm die Beweislast treffen würde, und dies hat man nach den oben entwickelten Grundsätzen des neueren Hypothekenrechts allerdings anzunehmen gehabt bei dem Anspruche, dessen sich der Provocat der eingetragenen Besitzerin gegenüber gerühmt und auf Grund dessen er die letztere in der ihr nach §. 5 des Gesetzes vom 6. November 1843 zustehenden Disposition zu verhindern gesucht hat. Dazu kommt aber auch noch, daß der vermeintliche Naturalbesitz des Provocaten nicht einmal bescheinigt ist. Auf die nach Inhalt der Beilagsacten Rep. I. Lit. M. No. 73 im jüngsten Besitzprozesse von ihm geführte Bescheinigung und die hierauf gegründeten Erkenntnisse vermag sich der Provocat schon aus dem Grunde nicht zu beziehen, weil er diesen Prozeß nicht gegen die Altgemeinde, sondern nur gegen ein einzelnes Mitglied derselben für seine Person geführt hat, überdies aber auch daraus, daß er sich zur Zeit der damaligen Klaganstellung (1856) und früher im Besitze des fraglichen Grundstücks befunden hat, noch gar nicht folgen würde, daß er sich auch gegenwärtig noch in demselben befinde. Dasjenige, was der Landrichter B. in dieser Beziehung Bl. — bei der in Betreff der Zulässigkeit der Appellation angeordneten Würderung bemerkt hat, spricht zwar für den gegenwärtigen Naturalbesitz des Provocaten, könnte jedoch aus formellen Gründen dermalen nicht berücksichtigt werden. Unter diesen Umständen war demnach die Entscheidung der ersten Instanz in der Hauptsache wieder herzustellen.

Digitized by Google

Präjudizien.

I. Zu dem Strafgesetzbuche ꝛc.

44.

Es giebt keine Anstiftung zu Verbrechen aus Unbedachtsamkeit. — Art. 62. 48. StGB.

Erkenntn. v. 6. Mai 1863 no. 470/453.

Gegen den Mühlknappen T. ist die Anschuldigung erhoben worden, daß derselbe am 16. Januar 1862 in der Radstube der P.'n gehörigen Buschmühle bei L. im Königreiche Preußen zu dem Zwecke, um das eingefrorene Mühlrad aufzuthauen, ein Feuer angezündet, dadurch aber die Mühle selbst in Brand gesteckt habe, in Folge dessen das Mühl- und Wohnhaus nebst angebautem Thorhause und Stallgebäude niedergebrannt sei, und ist derselbe auch bereits rechtskräftig wegen Brandstiftung aus Unbedachtsamkeit nach Art. 220 des StGB.'s zur Hauptverhandlung verwiesen worden.

Neuerlich ist nun der Staatsanwalt mit der Anschuldigung aufgetreten, der genannte Mühlenbesitzer P. selbst habe T.'n zu jenem Feueranzünden mit Auftrag versehen, und hat in dessen Folge verlangt, daß P. wegen Anstiftung zur Brandbeschädigung nach Art. 212 Abs. 2 jct. Art. 220 und 62 des StGB.'s zur Hauptverhandlung verwiesen werde.

Digitized by Google

Das Bez.-Ger. B. hat den Angeklagten P. der ihm beigemessenen Handlung nach seinen in der Voruntersuchung abgelegten Geständnissen für genugsam verdächtig erachtet und dem staatsanwaltschaftlichen Antrage entsprochen.

Es hat jedoch das OAG. die von P. hiergegen eingewendete Nichtigkeitsbeschwerde, mittelst deren das gesprochene Verweisungserkenntniß, als auf unrichtiger Gesetzesanwendung beruhend, angefochten wird, für unbegründet nicht erachten können.

Zunächst ist nämlich zu erwähnen, daß es schon dem Begriffe nach eine Anstiftung zu einem Vergehen aus Unbedachtsamkeit nicht geben kann. Es kann nicht Jemand einen Andern anstiften, das heißt also befehlen oder auftragen, bei Vornahme irgend einer Handlung die erforderliche Aufmerksamkeit und Umsicht nicht anzuwenden. Geschähe etwas dem Aehnliches und entstünde daraus eine Rechtsverletzung, so würde von keiner Unbedachtsamkeit mehr die Rede sein können, sondern es würde nur noch in Frage kommen, ob die Rechtsverletzung aus einer bestimmten oder unbestimmten Absicht entsprungen und beziehentlich dazu angestiftet worden sei.

Zwar erkennt auch das Bez.-Ger., wie aus dem Bl. zu lesenden Beschlusse hervorgeht, ausdrücklich an, daß die unvorsätzliche Rechtsverletzung, welche das culpose Vergehen charakterisirt, von der Willensthätigkeit des Handelnden unabhängig sei, glaubt aber doch den Begriff der Anstiftung dabei nicht ausschließen zu sollen. Zu dieser Annahme kommt dasselbe durch die Erwägung, daß doch die unbedachte Handlung, wodurch die Rechtsverletzung herbeigeführt werde, der Willensthätigkeit des Handelnden unterliege, der Anstifter aber sich eines fremden Willens bediene und folgert daraus, daß daher auch die Rechtsverletzung, welche aus der von ihm gewollten und von einem Andern in Folge seiner Einwirkung auf dessen Willen ausgeführten Handlung hervorgegangen sei, ihm zur Strafe angerechnet werden müsse, dafern nur der Anstifter die Unbedachtsamkeit der Handlung, woraus durch Hinzutritt eines rechtsverletzenden Erfolges ein culposes Verbrechen entstanden sei, erkannt habe.

Das OAG. hält dies jedoch nicht für richtig, denn die Unbedachtsamkeit eines ertheilten Auftrages oder Befehles steht mit der Unbedachtsamkeit bei dessen Ausführung in keinem nothwendigen Zu-

Digitized by Google

sammenhange. Die Ausführung einer, wenn auch aufgetragenen Handlung bleibt etwas Selbstständiges und kann ebensogut mit Bedacht wie unbedachtsam geschehen. Ebensowie ein wohlüberlegter Auftrag, dessen Ausführung keine Rechtsverletzung erwarten ließ, in einer so unbedachtsamen Weise misgeführt werden kann, daß daraus eine Rechtsverletzung entsteht, so kann auch ein unbedachtsam ertheilter Auftrag, bei dessen Ausführung eine Rechtsverletzung leicht möglich, vielleicht wahrscheinlich war, doch mit so viel Vorsicht und Geschick ausgeführt werden, daß jedwede Rechtsverletzung vermieden wird.

Nun will man zwar nicht verkennen, daß es Fälle geben kann, in denen dem Ertheiler eines unbedachtsamen Befehls oder Auftrages die durch dessen Ausführung herbeigeführte Rechtsverletzung als verschuldet angerechnet werden muß, insbesondere wenn etwa der Ausführende nach Lage der Verhältnisse zu Anwendung eigener Ueberlegung nicht Zeit oder Gelegenheit hatte oder zu derselben aus irgend einem Grunde nicht befähigt oder der Auctorität des Befehlenden gegenüber nicht berechtigt war, von diesen thatsächlichen Verhältnissen aber dem Beauftragenden oder Befehlenden Kenntniß beiwohnte. Tritt aber ein solcher Fall ein, dann kommt der Befehlende nicht als Anstifter einer fremden Unbedachtsamkeit in Betracht, sondern er begeht eine eigene culpa und ist für deren rechtsverletzende Folgen allein oder mit dem Ausführenden zugleich verantwortlich.

Auf eine Unbedachtsamkeit dieser Art ist aber in dem vorliegenden Falle der staatsanwaltschaftliche Antrag gegen den Angeklagten P. nicht gestellt worden, da, seine unbedachtsame Handlung mochte sein, welche sie wollte, ihr, so viel die vorliegenden Acten erkennen lassen, das zu Bestrafung jeder culposen Handlung nach Art. 48 des StGB.'s erforderliche Requisit des rechtsverletzenden Erfolges abgeht, und das ist ein weiterer Grund, aus dem das gesprochene Erkenntniß als nicht gerechtfertigt sich darstellt.

Der Erfolg, welcher zu Einleitung der vorliegenden Untersuchung Veranlassung gegeben hat, ist das Niederbrennen der dem Angeklagten P. gehörigen Mühle. Dieses Ereigniß enthält aber, sobald man P.'n als denjenigen betrachtet, durch dessen Handlungsweise es herbeigeführt wurde, keine Rechtsverletzung, denn unter diesen Begriff fällt nicht der Schade, den Jemand durch seine eigene Handlungsweise sich selbst

Digitized by Google

zugefügt hat. Aus diesem Grunde würde sogar eine vorsätzliche Inbrandsteckung des eigenen Gebäudes durch P. criminell nicht strafbar gewesen sein, wenn sie nur ohne alle rechtswidrige Absicht geschehen und dabei nicht etwa fremde Gebäude oder andere der im Art. 208 genannten Gegenstände in Brand gerathen wären. Denn Art. 210 des StGB.'s setzt ausdrücklich eine rechtswidrige Absicht zu seiner Anwendung voraus, und es muß daher um so mehr dasselbe gelten bei einer unvorsätzlichen Veranlassung eines Brandes am eigenen Gebäude. Dem steht auch nicht die Vorschrift im Art. 212 Abs. 2 des StGB.'s entgegen, denn theils spricht dieser Artikel überhaupt nur von vorsätzlichen Handlungen, theils aber erfordert er ebenfalls rechtswidrige Absicht.

45.

Die Anstiftung zum Stehlen durch gewerbmäßige Partirer enthält in der Regel eine nach Art. 77 StGB. zu beurtheilende ideelle Concurrenz der Partirerei mit Anstiftung zum Diebstahl.

Erkenntn. v. 15. April 1863 no. 353/370.

Demnächst hat man es, so viel die Bestrafung der Sch. anbelangt, auch nicht für richtig befinden können, daß auf das Verhältniß der Anstiftung der Arbeiterinnen zum Stehlen, gegenüber dem Verbrechen der gewerbmäßigen Partirerei, der Art. 78 anstatt des Art. 77 des StGB.'s zur Anwendung gebracht, und diesfalls ein besonderer Strafzusatz erkannt worden ist. Denn die Aufforderung an die Fabrikarbeiterinnen zum Stehlen Seiten der wegen gewerbmäßiger Partirerei bestraften Angeklagten Sch. ist ausschließlich von dem Gesichtspunkte aus erfolgt, um dadurch Gelegenheit zu finden, das gestohlene Gut in gewinnsüchtiger Absicht für sich zu erwerben, weshalb sie denn auch jene gleich angewiesen hatte, das Gestohlene ihr zuzutragen, die ihnen Alles abkaufen wolle. Bei dieser Sachlage fällt aber das Anstiften zum Stehlen mit dem, die gewerbmäßige Partirerei charakterisirenden Aufsuchen von Gelegenheiten, um vom Ankaufe oder Vertriebe gestohlenen Gutes Nutzen zu ziehen, zusammen; es ist dabei im Grunde nur ausdrücklich ausgesprochen worden, was in der Annahme gewerb-

Digitized by Google

mäßiger Partirerei meistentheils stillschweigend schon liegt, nämlich die Aufforderung an die mit dem Partirer in Verbindung stehenden Verbrecher, nur immer aufs Neue zu stehlen und das gestohlene Gut dem Partirer zuzutragen. Möge man nun hierauf den Begriff der ideellen Concurrenz oder der Fortsetzung des Verbrechens anwenden wollen, immer wird der Fall der Anwendung des Art. 78 des StGB.'s ausgeschlossen erscheinen.

46.

Bestrafungen wegen der nach dem Forst- ꝛc. Strafgesetz zu ahndenden Entwendungen unterbrechen die Rückfallsverjährung gemeiner Diebstähle dergestalt, daß mit ihnen die fünfzehnjährige Verjährungsfrist von Neuem zu laufen beginnt. — Zu Art. 84. 300. StGB.

Erkenntn. v. 9. April 1863 no. 403/425.

Nachdem thatsächlich festgestellt worden ist, daß der Angeklagte, abgesehen von noch früheren Bestrafungsfällen in den Jahren 1840 und 1862, wegen vollendeten gemeinen Diebstahls und beziehentlich wegen Betrugs einfache, resp. geschärfte Gefängnißstrafe erlitten hat, ingleichen, daß er in dem dazwischen liegenden Zeitraume, in den Jahren 1852 und 1853, wegen verübter Forstdiebstähle mit Strafen belegt worden ist, so ist es vollkommen den strafgesetzlichen Bestimmungen in Art. 300 Abs. 2 des StGB.'s entsprechend, wenn der Angeklagte wegen desjenigen Diebstahls, dessen er sich nach Inhalt der gegenwärtigen Acten neuerlich schuldig gemacht hat, zu Arbeitshausstrafe in der Dauer von vier Monaten verurtheilt worden ist. Denn wenn auch die Bestimmungen des Art. 300 des StGB.'s nach dem Erläuterungsgesetze vom 25. September 1861 sub IX. Abs. 3 auf Forstdiebstahlsbestrafungen nicht bezogen werden sollen, so ist diesen Bestrafungen doch nirgends die aus Art. 83 und 84 des StGB.'s herzuleitende Kraft, die Rückfallsverjährung zu unterbrechen, entzogen worden, und es war daher, da die Rückfallsverjährung in Betreff der im Jahre 1840 und vorher erlittenen Diebstahlsstrafen erst mit der letzten Unterbrechung im Jahre 1853 von Neuem zu laufen begonnen hat, solche weder im Jahre 1859, zu welcher Zeit der Angeklagte

Digitized by Google

den im Jahre 1862 bestraften Betrug verübte, noch in dem gegenwärtig entschiedenen Straffalle eingetreten.

47.

Bedrohung des Staatsoberhaupts mit Thätlichkeiten — Art. 133 StGB. — begreift auch den Fall der Bedrohung mit Mord in sich, es wird dabei aber nicht vorausgesetzt, daß die Bedrohung geeignet gewesen, Besorgniß zu erregen.

Erkenntn. v. 13. Mai 1863 no. 515/482.

Auch das OAG. bezweifelt nicht, daß Art. 133 StGB., obschon in demselben nur Bedrohungen mit Thätlichkeiten und körperlichen Verletzungen erwähnt werden, doch auch auf Bedrohungen mit Tödtung zu beziehen ist, dafern solche nicht in ein schwereres Verbrechen — vergl. Art. 116 Abs. 1 und Art. 132 verb. mit Art. 39 fg. des StGB.'s — übergegangen sind, und ebenso ist dasselbe damit einverstanden, daß die Anwendung des Art. 133 nicht, wie die des Art. 206 von der Voraussetzung abhängig ist, daß die Bedrohung geeignet gewesen, irgend eine Besorgniß zu erregen. Die sonstigen wesentlichen Erfordernisse des Verbrechens der Bedrohung müssen jedoch auch hier vorhanden sein, und die bloße Erklärung, eine strafbare Handlung der im Art. 133 gedachten Art, einschließlich der Tödtung, vornehmen zu wollen, reicht daher in dieser Beziehung noch nicht aus, sondern es muß eine derartige Erklärung, um die Anwendung des Art. 133 zu begründen, auch zugleich mit der Absicht, das Staatsoberhaupt zu bedrohen, verbunden gewesen, und daher entweder in dessen Gegenwart oder doch unter Umständen ausgesprochen worden sein, die mit Sicherheit darauf schließen lassen, daß sie zur Kenntniß des Staatsoberhauptes habe kommen sollen, wie dies auch von Krug Commentar zum StGB. 2. Ausg. Abth. II., S. 19 ad art. 133 not. 3. bestätigt wird.

Digitized by Google

48.

Welchen Personen der Beleidiger besondere Achtung oder Ehrerbietung schuldig ist, bestimmt sich nicht blos nach dem persönlichen Verhältnisse beider Theile gegen einander, sondern zugleich nach der öffentlichen Stellung des Beleidigten. — Art. 241b StGB.

Erkenntn. v. 20. März 1863 no. 266/285.

Wenn zur Begründung des eingewendeten Rechtsmittels darauf hingewiesen wird, daß in dem Bescheide auf Art. 241b des StGB.'s Bezug genommen worden sei, ohne daß in den Acten irgend ein Umstand zur Sprache gebracht worden wäre, welcher den Angeklagten zur besonderen Achtung oder Ehrerbietung gegen den Privatankläger zu verpflichten geeignet gewesen, so ist darauf zu entgegnen, daß eines Theils die im Bescheide ausgesprochene Strafe gegen den Angeklagten W. durch Beziehung auf Art. 241b des StGB.'s gar nicht motivirt worden ist, dieses Allegat vielmehr unverkennbar nur zu Begründung der gegen den Mitangeklagten H. erkannten Strafe dient, andern Theils aber der Privatankläger bei Unterzeichnung der Anklage ausdrücklich auf seine Stellung als Mitglied des Herrenhauses in B. Bezug genommen hat, diese persönliche Eigenschaft des Anklägers vom Angeklagten nicht in Zweifel gezogen worden ist, auch dem Inhalte des incriminirten Artikels zufolge nicht wohl bezweifelt werden konnte, und endlich der Privatankläger in dieser seiner Stellung als Mitglied einer staatsrechtlich bestehenden, zur Theilnahme an der Gesetzgebung im Königreiche P. berufenen Corporation allerdings eine besondere Achtung zu fordern berechtigt erscheint.

49.

Dem zur Stellung eines Strafantrages wegen Beleidigung der durch ihn vertretenen Personen Berechtigten steht die Einrede des Verlustes des Strafantrages wegen Retorsion ebenso entgegen, wie sie dem unmittelbar Beleidigten entgegenstehen würde. — Als Retorsion im Sinne des 243. Artikels des StGB.'s sind auch Gegen-

Digitized by Google

beleidigungen solcher Personen zu betrachten, welche das Alter der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit noch nicht erreicht haben.

Erkenntn. v. 20. April 1863 no. 373/392.

Das Schimpfwort, dessen sich der Angeschuldigte H. nach der thatsächlichen Feststellung Bl. bei der Bl. angegebenen Gelegenheit gegen die Tochter des Privatanklägers S. W. bedient hat, enthält, an sich betrachtet, lediglich eine Beleidigung dieser letzteren, auf deren Bestrafung von deren Vater nur auf Grund des Art. 246 jct. Art. 99 des StGB.'s angetragen werden konnte und angetragen worden ist, nicht aber auch gleichzeitig eine Ehrenkränkung des Privatanklägers selbst — d. h. eine mittelbare Beleidigung desselben im eigentlichen und engeren Sinne des Wortes —

vergl. Krug, Commentar zu dem StGB. 2. Ausg. 2. Abth., S. 146 sub 4.

welche denselben berechtigen könnte, deshalb auch ganz abgesehen von den Bestimmungen der eben angezogenen Artikel, als persönlich Beleidigter aufzutreten. Hieraus folgt von selbst, daß eine Bestrafung des Angeschuldigten auf den von W. deshalb gestellten Antrag nur dann würde erfolgen können, wenn in der gerügten Aeußerung eine strafbare Beleidigung der genannten Tochter W.'s gefunden werden könnte, daß der Privatankläger mithin alle Strafausschließungsgründe, die dem Angeschuldigten dieser, als der direct Verletzten, gegenüber zu Statten kommen würden, auch gegen sich gelten lassen muß, und daß der Sachwalter des Privatanklägers daher von einer völlig unrichtigen Ansicht ausgeht, wenn er behauptet, der Angeklagte könne sich in der vorliegenden Sache schon um deswillen nicht auf den im Art. 243 des StGB.'s erwähnten Strafausschließungsgrund beziehen, weil die constatirte Erwiderung der Beleidigung nicht von dem Privatankläger, sondern von dessen Tochter ausgegangen sei. Zweifelhafter erscheint dagegen jedenfalls die Frage, ob bei Beleidigungen von Kindern unter 14 Jahren, denen nach Art. 89 des StGB.'s widerrechtliche Handlungen nicht als Verbrechen angerechnet werden sollen, überhaupt die Vorschriften des Art. 243 des StGB.'s in Anwendung kommen können, indem sich gegen die Statthaftigkeit einer Compensation

Digitized by Google

strafbarer, nach Art. 239 des StGB.'s zu beurtheilender Injurien mit solchen, die schon an sich einer criminellen Bestrafung nicht unterliegen, allerdings manche Bedenken erheben lassen. Es kann indessen doch daraus allein, daß auf die criminelle Bestrafung eines Kindes, welches das 14. Altersjahr noch nicht zurückgelegt hat, wegen Schimpfreden, deren sich dasselbe gegen andere Personen schuldig gemacht, nicht angetragen werden kann, um so weniger ohne Weiteres gefolgert werden, daß nun auch in Fällen der im Art. 243 des StGB.'s gedachten Art die einem solchen Kinde von einem Erwachsenen zugefügten Beleidigungen, der Retorsion ungeachtet, strafbar seien, als die von Kindern verübten widerrechtlichen Handlungen, wenn sie auch nicht nach den Vorschriften des StGB.'s geahndet werden können, doch immerhin unerlaubte und rügenswerthe Handlungen bleiben, wegen deren nach Art. 89 des StGB.'s — und zwar von dem Richter — eine angemessene Züchtigung verfügt werden kann. Haben übrigens Kinder erwachsenen Personen durch Beschimpfungen oder sonstiges ungezogenes Benehmen eine gerechte Veranlassung zu Vorhaltungen gegeben, so wird rücksichtlich dieser letzteren, selbst wenn sie mit Scheltworten oder wohl auch selbst mit einer geringen thätlichen Zurechtweisung verbunden gewesen, doch in der Regel schon nach allgemeinen Grundsätzen und nach Befinden in Hinsicht auf die Bestimmungen des Art. 240 eine beleidigende Absicht nicht wohl angenommen werden können, und es wird daher die obgedachte Frage hauptsächlich nur dann entstehen können, wenn ein Kind eine ihm ohne genügende Veranlassuug zugefügte Beleidigung sofort erwidert hat.

50.

Zur Feststellung des Begriffs der gewaltsamen Erbrechung Art. 278. 1. StGB.

Erkenntniß vom 20. April 1863 426/387.

Im vorigen Erkenntnisse sind die Diebstähle, welche H. nach seinen Geständnissen in den Jahren 1860, 1861 und 1862 verübt hat, deshalb als ausgezeichnete im Sinne der Vorschrift in Art. 278, 1 b. des StGB.'s betrachtet worden, weil H., um in den verschlossenen Haferboden seines Arbeitgebers, des Fabrikanten H. zu gelangen, die

Digitized by Google

Schrauben, durch welche die eine der Thürsäulen befestigt gewesen, herausgezogen, und hierdurch, sowie durch Wegbiegen dieser Säule den mechanischen Zusammenhang der Verschlußmittel verletzt habe.

Dieser Ansicht hat das OAG. beizutreten nicht vermocht. Die Vorschrift in Art. 278, 1. des StGB.'s erfordert, daß der Diebstahl mittels gewaltsamer Erbrechung, durch Zerstörung oder Verletzung der Verschlußmittel, ausgeführt worden ist. Nun ist aber ein solches Erbrechen in den vorliegenden Fällen, in dem ohne Anwendung eines Instruments bewirkten Herausziehen der Schrauben, durch welche die Thürsäule befestigt ist, und in dem Wegbiegen derselben ebensowenig zu erkennen, als in den Fällen, wo der Dieb ohne Verletzung der Verschlußmittel eine verschlossene Thüre durch Rütteln, Aufwuchten oder Ausheben derselben

Neue Jahrbücher für Sächs. Strafrecht V. Bd. S. 477.

Allgem. Gerichtszeit. Jahrg. 1857 S. 269.

oder ein verschlossenes Kommodenfach durch Aufbiegen der Deckplatte der Kommode

Annalen des OAG.'s IV. Band S. 15.

gewaltsam geöffnet hatte. Auch in den vorliegenden Fällen hat eine solche Verletzung der Verschlußmittel insofern nicht stattgefunden, als der Angeklagte im Stande gewesen ist, nach Verübung eines jeden der sechs Diebstähle durch Wiederanziehen und Wiederfestschrauben der Thürsäule den Verschluß der Thüre vollständig wiederherzustellen. Selbst das Herausziehen der Schrauben ist, soviel aus den Ergebnissen der Localbesichtigung abzunehmen, ohne Verletzung der Schrauben oder der Sänle erfolgt. Dem Ausziehen oder Umbiegen von Nägeln ist der vorliegende Fall nicht füglich gleichzustellen, da dieses Ausziehen und Umbiegen, selbst wenn es ohne Anwendung eines Instruments gelingen sollte, immer mit Verletzung der Nägel und rücksichtlich der Theile des Gebäudes oder Behältnisses, in welche sie eingeschlagen waren, verbunden ist.

51.

Zur Anwendung des ersten Absatzes von Art. 280. StGB. wird erfordert, daß der Dieb mit der Waffe oder dem

Digitized by Google

gefährlichen Werkzeuge sich vor dem Diebstahle oder doch während desselben sich versehen hat.

Erk. v. 22. April 1863. no. 346/404.

Es begründen die beschworenen Aussagen der Sch. in Verbindung mit den dieselben unterstützenden eidlichen Angaben E.'s allerdings die vollständige richterliche Ueberzeugung, daß der Angeschuldigte, als er von der Sch. angerufen wurde, einen Holzklöppel von ziemlicher Größe und Stärke nach der Sch. warf. Dieser Handlung des Angeklagten lag, als worüber die eignen Angaben desselben nicht zweifeln lassen, die Absicht zu Grunde, die Sch. und E. zu verscheuchen, um durch dieselben nicht behindert zu werden, das Gestohlene nach Hause zu schaffen. S. wollte also durch die erwähnte Handlung sich im Besitze des gestohlenen Gutes behaupten.

Wenn nun die vorige Instanz das nach dem Bisherigen von dem Angeklagten sich zu Schulden Gebrachte unter Art. 280 Abs. 1 Satz 2 des StGB.'s stellt, so kann diese Gesetzunterstellung nicht für richtig erachtet werden. Zwar ist der Angeklagte allerdings dem Obigen zufolge bei der That betroffen worden, indem die Worte des angezogenen Artikels „bei der That betroffen" unzweifelhaft auch den Act der Fortschaffung der entwendeten Sache aus dem Bereiche des Bestohlenen mit umfassen. Auch hat S. hierbei gegen eine von denjenigen Personen, welche ihn betroffen hatten, Gebrauch von einem gefährlichen Werkzeuge gemacht. Allein es ist nicht erwiesen, daß S. mit diesem Werkzeuge vor dem Diebstahle oder wenigstens während der Ausführung des eigentlichen Diebstahlsacts sich versehen hatte. Hierdurch wird keineswegs blos die Anwendbarkeit des 1. Satzes des Abs. 1 des Art. 280 auf das Gebahren des Angeklagten ausgeschlossen, sondern es folgt auch zugleich aus dem Mangel jenes Nachweises, daß in der Handlungsweise des Angeklagten ein Fall der durch die Worte des zweiten Satzes:

> „Hat er ꝛc. von dergleichen Werkzeugen oder Waffen gegen ꝛc. Gebrauch gemacht"

bezeichneten Art des besonders ausgezeichneten Diebstahls ebenfalls nicht gefunden werden kann. Denn es gehört zu den Begriffserfordernissen dieser Art des besonders ausgezeichneten Diebstahls, daß der Dieb mit dem gebrauchten gefährlichen Werkzeuge oder der angewen-

Digitized by Google

deten Waffe bereits vor dem Diebstahle oder wenigstens während der Ausführung des eigentlichen Diebstahlsacts sich versehen hatte, indem dies aus dem Worte „dergleichen“ im zweiten Satze und aus einer Zusammenhaltung des letzteren mit dem ersten Satze hervorgeht. Nun würde zwar dessenungeachtet nach dem ferneren Inhalte des zweiten Satzes derselbe auf das Gebahren des Angeschuldigten dann Anwendung leiden, wenn man den Holzklöppel, welchen S. nach der Sch. warf, als ein zur Ausführung des Diebstahls bestimmt gewesenes Werkzeug oder eine hierzu bestimmt gewesene Waffe betrachten könnte. Das kann man aber deshalb nicht, weil, die Wahrheit der Behauptung S.'s, daß er damals Holz gestohlen, vorausgesetzt, nach den Angaben des Angeklagten mindestens wahrscheinlich ist, daß jener Klöppel zu dem gestohlnen Holze gehörte.

52.

Die Bestimmung im zweiten Satze des 295. Art. des StGB.'s leidet auch auf die Entwendung solcher Theile eines Gegenstandes Anwendung, bei welchen eine Wiederherstellung des Ganzen im eigentlichen Sinne nicht denkbar ist, und ist in solchen Fällen die durch die Entwendung verursachte Werthverminderung als das Object zu betrachten, nach welchem die Strafe zu bemessen ist.

Erk. v. 15. April 1863 no. 387/364.

Bei Entwendungen, welche an Theilen eines Gegenstandes, die an und für sich keinen oder nur einen unverhältnißmäßig geringen Werth haben, verübt worden sind, soll zu Folge der Vorschrift Abschnitt 2 Art. 297 des StGB.'s bei der Bestrafung nicht dieser Werth, sondern gleich wie in Fällen der Beschädigung fremden Eigenthums aus Bosheit oder Muthwillen — Art. 335 des StGB.'s — der dem Verletzten durch die That zugezogene Schaden zu Grunde gelegt werden. Nun ist zwar richtig, daß der Beschädigung fremden Viehes ausdrücklich nur im zuletzt angezogenen Artikel gedacht, dagegen die Vorschrift Abschn. 2 Art. 295. wörtlich so gefaßt worden ist, als ob man dabei lediglich durch Menschenhände hergerichtete Gegenstände, nicht aber auch Schöpfungen der Natur, die wenn sie einen ihrer Theile verloren haben nicht durch Menschenhände wiederherge-

Digitized by Google

stellt werden können, sondern durch die Kräfte der Natur wiederhergestellt oder ergänzt werden, vor Augen gehabt habe. Allein da kein Grund zu der Annahme vorliegt, daß durch die gewählte Fassung Fälle der letzteren Art, sobald sie durch eine Entwendung herbeigeführt worden sind, von der erwähnten gesetzlichen Disposition haben ausgeschlossen werden sollen, diese vielmehr, dem festgestellten Principe nach, hier ebenso wie in jenen Fällen ob- und subjectiv anwendbar erscheint, so ist gemäß der Vorschrift Art. 1 des StGB.'s unbedenklich der Ansicht, von welcher man bei Auslegung des Gesetzes in erster Instanz ausgegangen ist, beizustimmen gewesen. Wenn daher bei Feststellung der dem Angeklagten L. auferlegten Strafe nicht der geringe Werth, welchen die aus dem Schweife des Reitpferdes seines Dienstherrn herausgeschnittenen Haare gehabt haben, zu Grunde gelegt worden ist, sondern der durch den Sachverständigen unter ausreichender Motivirung angegebene Betrag des dem Verletzten durch diese Entwendung zugefügten Schadens — die Werthverminderung des Reitpferdes — so hat man dies, wenn auch nicht den Worten, doch dem Sinne der Vorschrift Abschn. 2, Art. 295 entsprechend gefunden.

53.

Unterschied zwischen leichtsinnigem Aufborgen und dem Mißbrauche der Form des Vertrags zum Betruge. — Art. 309. 286, 1. StGB.

Erk. v. 4. Mai 1863 no. 417/447.

Die Bl. hervorgehobenen Aeußerungen in den Briefen Bl., welche der Angeklagte vergebens in anderer Weise zu deuten sich bemüht, sind ganz offenbar darauf berechnet, die Handlung J. M. F. zu C. in Betreff des Geschäftsbetriebs und der Zahlungsmittel des Bestellers zu täuschen, und die zweite Bestellung ist zweifellos nur deshalb so rasch erfolgt, um den Verkäufer nicht inzwischen zu der Erkenntniß kommen zu lassen, daß die wegen der ersten Bestellung versprochene Zahlung außen bleibe. Das von S. gebrauchte Unschuldsargument ist ein nicht zutreffendes; hätte er größere Posten bestellen wollen, so würde natürlich der Verkäufer solche, ohne zuvorige Erkundigung nach den Verhältnissen des Bestellers, nicht auf Credit

Digitized by Google

überlassen haben, und jede Erkundigung mußte S.'s höchst mißliche Vermögensumstände sofort blos legen. Ob derselbe durch verschuldete oder unverschuldete Unglücksfälle dahin gerathen ist, kann auf die Entscheidung des jetzigen Straffalls keinen Einfluß äußern, genug, daß S., als er die jetzt fraglichen Bestellungen machte, die sichere Ueberzeugung in sich tragen mußte, den Kaufpreis niemals bezahlen zu können. Es kann deshalb auch seiner, kaum von irgend welcher Möglichkeit, weniger denn von dem guten Willen der Verwirklichung unterstützten Versicherung, zahlen zu wollen, kein Glaube geschenkt werden, und es rechtfertigt sich hiermit die Unterstellung seiner Handlungsweise unter die Bl. angezogenen Strafvorschriften, nicht etwa blos unter Art. 309 des StGB.'s, denn, wie

Siebdrat, das Strafgesetzbuch, S. 265.

ganz richtig bemerkt, bei dem leichtsinnigen Aufborgen ist der Erborger Willens, die übernommenen Zahlungsverbindlichkeiten zu erfüllen, und wird, wenn ihm dies unmöglich fällt, nur insofern strafbar, als sich herausstellt, daß er schon von Haus aus über die Frage, ob er den Willen, seinen Gläubigern gerecht zu werden, auch zu bethätigen im Stande sei, leichtsinniger Weise sich hinweggesetzt haben müsse. Im vorliegenden Falle ist aber nicht nur gestissentlich Täuschung der Handlung J. M. F. vorhanden, sondern es hat auch S. die Bestellungen gemacht und über die erhaltenen Waaren verfügt unter Verhältnissen, die keinen Zweifel darüber zulassen, daß er sich fremdes Eigenthum unentgeltlich aneignen und nur die Form eines Kaufsvertrags zum Betruge benutzen wollen.

54.

Unter „Gras" im Art. 2 unter 2. des Forst- ꝛc. Strafgesetzes ist auch Schilfrohr mit zu verstehn.

Erk. v. 23. März 1863 no. 306/296.

Nicht nur daß Schilfrohr zu den Grasarten gehört und deshalb in Artikel 2 unter 2. des Forst- ꝛc. Strafgesetzes einer speciellen Erwähnung nicht nothwendig bedurfte, geben auch, selbst wenn die gebrauchte Bezeichnung „Gras" im engeren Sinne genommen würde, die in Art. 1 und 2 des gedachten Gesetzes besonders aufgeführten Diebstahlsobjecte klar an die Hand, daß der Gesetzgeber die Entwen-

Digitized by Google

dung von Schilfrohr schon wegen der Beschaffenheit des letzteren überhaupt und der Oertlichkeit, wo solches zu wachsen pflegt, von der Unterordnung unter das Forst- ꝛc. Strafgesetz nicht hat ausgeschlossen wissen wollen, diese Unterordnung vielmehr als selbstverständlich betrachtet hat.

II. Zu der Strafprozeßordnung.

18.

Durch die Richtung der Berufung nur gegen die Höhe der erkannten Strafe wird die Prüfung des Schuldbeweises nicht ausgeschlossen. Art. 88 j. 348. StPO.

Erk. v. 29. Mai 1863 no. 525/526.

Obwohl der Angeklagte nur rücksichtlich der Strafhöhe Berufung gegen das Erkenntniß erster Instanz eingewendet hat, so hat doch das OAG. keinen Anstand nehmen mögen, auch die Frage, ob der Angeklagte des ihm beigemessenen Meineides ebensowohl wie der ihm Schuld gegebenen Verleitung zu wahrheitswidriger Aussage für überführt zu achten sei? einer wiederholten Prüfung zu unterwerfen, zumal der Vertheidiger bei Ausführung dieses Rechtsmittels ausdrücklich den Schuldbeweis als nicht erbracht bezeichnet, und nur aus dem formellen Grunde, weil der Angeklagte nur wegen der Strafhöhe remedirt, sich für behindert gehalten hat, darauf weiter einzugehen.

Denn eine bestimmte Vorschrift, wornach eine nur gegen die Strafhöhe gerichtete Berufung dem Oberrichter die Möglichkeit abschnitte, auch die Schuldfrage zu prüfen, giebt es nicht. Im Art. 348 der StPO. ist sogar vorgeschrieben, daß das OAG. auf die Berufung, wenn sie nicht lediglich auf den Kostenpunkt beschränkt sei, auch die dem erstgerichtlichen Erkenntnisse unterliegende Rechtsansicht seiner

Digitized by Google

Prüfung zu unterwerfen und zu Gunsten des Angeklagten sowohl den Strafantrag für rechtlich unzulässig als auch eine mildere Strafbestimmung für anwendbar erklären und hiernach das Erkenntniß abändern könne.

Zwar bezieht sich diese Gesetzesstelle nicht auf die Thatfrage, sondern auf die Rechtsfrage, allein wie man daraus den Schluß rechtfertigen muß, daß, wenn der Angeklagte nur gegen die Beweisfrage remedirt habe, der Oberrichter doch verbunden sei, bei der Bestätigung der Verurtheilung im Allgemeinen auch die erkannte Strafhöhe zu prüfen, so ist auch der andere Satz zu rechtfertigen, daß bei Berufung gegen die Strafhöhe auch der Beweis der Thäterschaft des Angeklagten, wenn diese nicht ausdrücklich eingeräumt worden ist, mit ins Auge zu fassen sei, zumal sich oft auch die Angemessenheit der Höhe der Strafe ohne Prüfung des Schuldbeweises nicht genügend beurtheilen läßt.

19.

Der Richter darf bei der Entscheidung Umstände, selbst wenn sie ihm in seiner richterlichen Eigenschaft bekannt geworden, nicht benutzen, wenn nicht die Quelle, aus der er schöpft, formell Theil des Untersuchungsmaterials geworden ist. 260 StPO.*)

Erk. v. 4. Mai 1863 no. 450/412.

Die 9. Beschwerde würde an sich allerdings eine Nichtigkeit der Entscheidung begründen, da, wenn der erkennende Richter aus einem, zwischen der Gemeinde zu D. und dem Privatkläger anhängigen oder anhängig gewesenen Civilprozesse ein Argument für die jetzige Entscheidung entlehnen wollte, er insoweit des Privatangeklagten Antrage auf Beilegung der diesfallsigen Acten hätte entsprechen müssen, und nicht seine Privatkenntniß des Inhalts dieser Acten als Entscheidungsgrund benutzen durfte, wie gleichwohl Bl. geschehen ist.

vergl. Annalen des OAG.'s Bd. V. S. 151.

Man hat jedoch von Aufhebung des vorigen Erkenntnisses um deswillen absehen können, weil, wie die Entscheidungsgründe deutlich

*) Vergl. Annalen Bd. V. S. 151.

Digitized by Google

erkennen lassen, der hier fragliche Passus den speciellen Gründen nur zum Ueberflusse beigefügt, daher aber mit Sicherheit anzunehmen ist, daß so, wie geschehen, erkannt worden sein würde, wenn auch nicht Bezug auf des Richters Privatkenntniß genommen worden wäre.

20.

Wegen abfälliger Bescheidung auf Vertheidigungsanträge kann gegen das gesprochene Erkenntniß nicht das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde ergriffen, sondern nur durch das der Berufung, nach Befinden des Einspruchs, Abhilfe gesucht werden.

Erkenntn. v. 30. März 1863 no. 309/269.

Die von Z.'s Vertheidiger erhobene Nichtigkeitsbeschwerde ist unzulässig, weil sie die Beweisfrage und Entscheidungen zum Gegenstande hat, welche in das Ermessen des in erster Instanz erkennenden Collegii gestellt waren. Der Vertheidiger beruft sich zwar auf Art. 277 und 294 der StPO. und behauptet, daß diesen gesetzlichen Bestimmungen nicht gehörig nachgegangen worden sei. Allein, wenn auch, was zu des Angeklagten Vertheidigung und überhaupt zu seinem Vortheile gereicht, selbst von Amtswegen beachtet werden soll, so heißt dies noch nicht so viel, daß jedem beliebigen Antrage des Vertheidigers ohne Unterschied vom Gerichte gefügt werden müßte. Es tritt diesfalls vielmehr das pflichtmäßige Ermessen resp. des Vorsitzenden und des erkennenden Gerichts ein, und wenn dasselbe der Ansicht ist, daß ein vom Vertheidiger gestellter Antrag ohne Einfluß auf die Entscheidung sei, so ist es nicht nur berechtigt, sondern selbst verpflichtet, solchen zurückzuweisen. Nur darauf hat der Vertheidiger oder der Angeklagte Anspruch, eine Entscheidung auf seine Anträge zu erhalten, und diese ist dem Vertheidiger im vorliegenden Falle zu Theil geworden. Hätte das in zweiter Instanz erkennende Gericht, hier das OAG., die in erster Instanz erfolgte Zurückweisung gewisser Vertheidigungsanträge nicht zu billigen, so könnte dasselbe, vermöge der eingewendeten Berufung, nachträgliche Erörterungen hierunter anordnen, allein Gegenstand einer Nichtigkeitsbeschwerde kann die durch dessen

Digitized by Google

Unerheblichkeit motivirte Abschlagung eines Vertheidigungsantrages nicht sein, vergl. auch

Allgemeine Gerichtszeitung Jahrg. VII. Heft 1, S. 25 fg.

Hieraus folgt die Unzulässigkeit der erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde.

21.

Die Unterstellung einer Körperverletzung unter den Begriff der thätlichen Beleidigung ist, auch wenn sie mit Hinsicht auf die Bestimmung Art. 243 des StGB.'s zur Strafloſigkeit führt, dennoch nicht auf Grund des Art. 349 sub II. 1. StPO. vom Privatankläger mit der Nichtigkeitsbeschwerde anzufechten.

Erkenntn. v. 13. April 1863 no. 295/328.

Nach Inhalt des Bescheides ist als erwiesen angenommen worden, daß die Privatanklägerin von der Angeklagten in der Bl. gerügten Weise, und die Angeklagte zuvor von der Privatanklägerin auf die Bl. gedachte Art thätlich beleidigt worden sei. Obschon es nun keinem Zweifel unterliegt, daß nur die von der Privatanklägerin verübte Thätlichkeit als thätliche Beleidigung im Sinne von Art. 239 des StGB.'s, die von der Angeklagten an der Privatanklägerin ausgeübte und als Körperverletzung gerügte Handlung dagegen als Körperverletzung im Sinne von Art. 166 des StGB.'s sich darstellt, mithin auch die in Art. 243 des StGB.'s enthaltene Bestimmung, welche stets gegenseitige Beleidigungen voraussetzt,

vergl. Annalen des OAG.'s Bd. III., S. 376.

und daher auf das Vergehen der Körperverletzung unanwendbar ist, an sich irrig angewendet worden ist; so vermag dennoch der gedachte Bescheid, wodurch die Angeklagte auf Grund des zuletzt erwähnten Artikels straffrei gesprochen worden, auf die dagegen von der Privatanklägerin erhobene Nichtigkeitsbeschwerde nach Lage der Sache nicht als nichtig aufgehoben zu werden.

Die entscheidende Behörde hat beide Vergehen als strafbar erachtet, das der Angeklagten jedoch irrig einer milderen Strafbestimmung untergestellt. Gegen eine derartige, wenn schon irrige Unter-

Digitized by Google

stellung ist der Privatanklägerin überhaupt das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde nicht gestattet.

Vergl. Art. 349 II. 1. verb. mit Art. 32 Abs. 3 der StPO.

Allgemeine Ger.-Zeit. Bd. V., S. 438.

Die Straffreisprechung der Angeklagten ist nicht erfolgt, weil deren Handlungsweise eine an sich straflose, der Strafantrag an sich rechtlich unzulässig, sondern deshalb, weil die That der Angeklagten nur als Beleidigung betrachtet worden ist, und deshalb, wegen der unmittelbar vorhergehenden Beleidigung der Angeklagten durch die Privatanklägerin, die von der Ersteren auf Art. 243 des StGB.'s gestützte Einrede der Compensation geltend gemacht werden konnte.

Es handelt sich daher in dem vorliegenden Falle nur um die Anwendbarkeit des Art. 243 und daher darum, ob hierzu die Voraussetzungen vorhanden sind. Diese Frage kann aber hier nur nach dem Inhalte des Bescheides, welcher desfalls maßgebend ist, beantwortet werden, und da nach diesem die Frage zu bejahen, so war die erhobene Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet zu verwerfen.

Digitized by Google

III. Handels- und Wechselrecht.

20.

Ueber den Einfluß des Ausscheidens eines Gesellschafters auf den Gewinn- und Verlustantheil der die Gesellschaft Fortsetzenden.

II. Sen.-Erk. v. 19. Dec. 1862 no. 810/816.*)

Mit dem Augenblicke des Austrittes H.'s ist die alte Gesellschaft aufgehoben worden, und eine neue dergestalt entstanden, daß die Bestimmungen des ursprünglich abgeschlossenen Gesellschaftsvertrags vom 1. December 1852, soweit sie nicht ausdrücklich aufrecht erhalten worden sind, ihre Kraft verloren haben.

Thöl, Handelsrecht Theil 1. §. 39.

Es würde daher nach dem Ausscheiden H.'s der Gewinn und Verlust bei dem von Klägerm und Beklagtem gemeinschaftlich betriebenen Eisengießereigeschäft nach zwei gleichen Theilen zwischen den beiden Gesellschaftern zu theilen und beziehentlich zu tragen gewesen sein, selbst wenn das von dem Kläger behauptete auf gleiche Thei-

---

*) Kläger und Beklagter betrieben mit H. gemeinschaftlich ein Fabrikgeschäft. Im Vertrag waren jedem der Socii gleiche Antheile am Gewinn und Verlust stipulirt. H. trat am 1. Juni 1854 aus, es setzten jedoch Kläger und Beklagter die Societät und das Geschäft fort. Als es nun zu Auflösung dieser Gesellschaft kam und Beklagter — im factischen Besitz der Masse — die Auseinandersetzungsrechnung legte, berechnete er Klägern nach wie vor nur ½ Gewinnantheil. Als dieser nun Halbirung des Gewinnes forderte, wendete Beklagter ein, daß seine Berechnungsmodalität auf Abkommen beim Ausscheiden H.'s beruhe. Abweichend von früheren Instanzen nahm die III^la an, daß Klägers Anverlangen durch die Natur der Sache gerechtfertigt, Beklagtens Einwand aber Exception sei, welche dieser zu beweisen habe. Die IV^ta (III. Sen.-Erk. v. 20. Juni 1863 no. 22/28) confirmirte.

Das HGB. Art. 127 drückt sich über einen Fall dieser Art — wie nicht selten — unklar aus. Gleichwohl dürfte obige Entscheidung auch für das neue Recht sachentsprechend erscheinen.

Digitized by Google

lung des Gewinnes und Verlustes gerichtete Abkommen nicht getroffen worden sein sollte, da bei dem Mangel einer entgegenstehenden ausdrücklichen Verabredung der Antheil der Genossen einer Erwerbsgesellschaft nach Kopftheilen zu bestimmen ist.

l. 29. pr. D. pro socio (17. 2).

§. 1. J. de soc. (3. 25.)

Unterholzner, Schuldverhältnisse Bd. II. S. 382.

Brinkmann, Handelsrecht §. 42 S. 159 fg.

21.

Aus der Mitwirkung bei Aufnahme der Inventur folgt noch nicht die Genehmigung der vom anderen Socius aufgestellten Bilanz.

II. Sen.-Erk. v. 19. Dec. 1862 no. 810/816.*)

Nach einer allgemein befolgten kaufmännischen Usance, welche in den Bestimmungen der Art. 29 und 30 des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs Anerkennung gefunden hat, ist zwischen der speciellen Aufzeichnung des Activ- und Passiv-Vermögens einer Gesellschaft (der Inventur) und der Aufrechnung der Bilanz oder der auf Grundlage der Inventur gefertigten übersichtlichen Gegenüberstellung des Activ- und Passivbestandes zu unterscheiden. Erstere hat den Zweck, die vorhandene Baarschaft, die Außenstände, das Waarenlager und sonstige Vermögensstücke unter Angabe des Werthes derselben zur Zeit der Inventur genau zu verzeichnen, wogegen die Bilanz die Bestimmung hat, durch einen das Verhältniß des Vermögens und der Schulden darstellenden Abschluß die Höhe des reinen Gesellschaftsvermögens und des für die einzelnen Gesellschafter ausgefallenen Gewinnes oder Verlustes festzustellen. Diese Bilanz ist jedem Gesellschafter abschriftlich mitzutheilen und von den geschäftsführenden Gesellschaftern zu unterzeichnen.

Brinkmann, Handelsrecht §. 39 S. 149 fg. und §. 40 S. 155 fg.

---

*) In IV^ta (III. Sen.-Erk. v. 20. Juni 1863 no. 22/28) bestätigt.

Digitized by Google

Die nurgedachte Usance ist auch von den Parteien beobachtet worden, wie sich aus der nachstehenden Bestimmung des §. 2 des Societätscontracts:

> Jedes Jahr soll eine genaue Inventur gehalten, Bilanz gezogen und jedem Theilhaber über sein im Geschäft befindliches Vermögen ein von sämmtlichen Theilhabern unterzeichneter Capitalschein ausgestellt werden.

ergiebt, indem, wenn auch der gedachte Gesellschaftsvertrag mit dem Austritte H.'s für erloschen anzusehen ist, aus den Auslassungen Beklagtens erhellt, daß auch zu der Zeit, wo das Geschäft von Klägerm und Beklagtem allein fortgesetzt worden, am Schlusse jeden Inventurjahres die Inventur aufgenommen, und die Bilanz gezogen worden ist. Der Natur der Sache nach hatte Kläger, welchem vorzugsweise die technische Leitung des Geschäftsbetriebes oblag, bei der Aufnahme der Inventuren mitzuwirken. Aus dieser zugestandenen Concurrenz folgt aber noch keineswegs, daß Kläger bei Aufstellung der Bilanz und insbesondere bei der Berechnung und Auswerfung der ihm gut geschriebenen Gewinn-Antheile concurrirt, und daß er die betreffenden Ansätze durch Unterzeichnung der Bilanz oder eines Capitalscheins oder auf sonstige Weise genehmigt habe. Es stellt sich daher die Behauptung des Beklagten, daß Kläger mit der Art und Weise, wie die Gewinnantheile berechnet worden sind, bei der alljährigen Inventurenaufnahme ausdrücklich sich einverstanden erklärt habe, als eine illiquide Exception, darauf deren Beweis zu erkennen ist.

22.

Zur Lehre von den Actien auf Namen.

II. Sen.-Erk. v. 7. Aug. 1862 no. 332/329.*)

Beklagter hat Inhalts des der Klage zu Grunde gelegten und von Beklagtem bei pct. lit. cont. 5 ausdrücklich eingeräumten Schluß-

*) Wie aus den in den Rationen S. 457 wörtlich mitgetheilten Statutenbestimmungen des specielleren erhellt, waren auf die betr. auf Namen lautenden Actien à 1000 Thlr. nur 200 Thlr. baar eingezahlt, dagegen 800 Thlr. in Wechseln hinterlegt worden, und hing wegen Beurtheilung der Güte der betr. Papiere die Uebertragung der Actien von der Genehmigung

Digitized by Google

zettels unterm 13. August 1860 von den Klägern 11 Stück Dresdner Feuerversicherungsactien zweiter Emission dergestalt erkauft, daß er sich verpflichtet hat, die gedachten Actien nach deren Emission täglich bis Ende October 1860 nach seiner Wahl zum Course von 245 Thlr. pro Stück nach Dresdner Usance gegen den Betrag zu entnehmen. Die erste Instanz hat die von den Klägern auf Erfüllung des obigen Kaufes angestellte Klage deshalb in der angebrachten Maße abgewiesen, weil von den Klägern nicht näher angegeben worden sei, worin die in dem Schlußzettel gedachte Dresdner Usance bestehe. Daß der nurerwähnte Entscheidungsgrund die Abweisung der Klage nicht herbeiführen könne, ist bereits in voriger Instanz nachgewiesen worden. Dessenungeachtet hat die vorige Instanz die auf Abweisung der Klage gerichtete Entscheidung bestätigt, weil sie von der Ansicht ausgegangen ist, daß den Klägern, als den Verkäufern der Actien die Verpflichtung obgelegen habe, die Genehmigung des Verwaltungsrathes der Dresdner Feuerversicherungsgesellschaft zu der Ueberschreibung jener Actien auf den Beklagten, beziehentlich mit Rücksicht auf das Abkommen Bl. auf den Mitkläger S. zu verschaffen, die Angaben in der Klage aber über die Art und Weise, wie die Kläger dieser Verpflichtung nachgekommen, für den gebrauchten Eidesantrag zu allgemein seien. Das OAG. vermag dieser Ansicht aus folgenden Gründen nicht beizupflichten.

1.

Die Betheiligung an Actiengesellschaften und die hieraus für die einzelnen Actionäre entstehenden Verpflichtungen sind verschieden, je nachdem von den Mitgliedern der Actiengesellschaft zu Ausführung des gemeinsamen Unternehmens alle versprochenen Leistungen bei oder wenigstens kurze Zeit nach Errichtung der Gesellschaft vollständig zu

---

des Verwaltungsrathes ab. Kläger hatten nun eine Anzahl Actien an Beklagten verkauft und forderten Zahlung des Kaufpreises gegen Uebergabe der Actien und Erklärung dessen, was seiner Seits erforderlich sei, um Beklagtens Actionärwerden zu ermöglichen. Ueber die diesfallsigen Requisite verbreiten sich die Rationen des oben erwähnten Urthels, worin Beklagter (gegen die Aussprüche Imae und IIdae) condemnirt wurde, und welches in IVta (III. Sen.-Erk. v. 24. Jan. 1863 no. 69/69 von 1862), im Wesentlichen aus vorigen Gründen, Bestätigung fand.

Digitized by Google

präſtiren, und deshalb die Actien entweder auf einmal in ungetrennter Summe oder ratenweiſe in einzelnen feſtgeſetzten Terminen voll einzuzahlen ſind oder je nachdem der Betrag der Actien ganz oder zum Theil nur eventuell, wenn nämlich ſich künftig ein Bedürfniß hierzu herausſtellen ſollte, zur Geſellſchaftskaſſe zu gewähren iſt. Die erſtere Art der Betheiligung findet bei auf Actien gegründeten Gewerbsunternehmungen ſtatt, bei welchen die Einlagen zu Beſchaffung von Werthobjecten verwendet werden und Gewinn und Verluſt davon abhängen, wie vortheilhaft dieſe Werthobjecte veräußert oder benutzt werden können. Dagegen iſt bei anderen Geſellſchaften, z. B. bei Aſſecuranzcompagnien, Banken u. ſ. w. die volle Einzahlung des gezeichneten Actiencapitals von Anfang an gar nicht beabſichtigt, weil dieſe Geſellſchaften ihre Geſchäfte mit einem verhältnißmäßig kleinen Betriebscapital führen und das Geſammtcapital nur dazu beſtimmt iſt, äußerſten Falles zur Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeiten, ſo weit ſie nicht durch den eingezahlten Theil der Actien und durch die laufenden Einnahmen zu beſtreiten ſind, zu dienen. In ſolchen Fällen nun, wo es nach der Natur des betriebenen Geſchäfts ungewiß iſt, ob je das ganze gezeichnete Actiencapital nöthig ſein werde, bedarf es nicht der ſofortigen vollen Einzahlung deſſelben, damit nicht den Actionären ihr Geld früher als erforderlich entzogen und die Einlagen zu anderen, als den eigentlichen Geſellſchaftszwecken verwendet werden.

Pöhls, das Recht der Actiengeſellſchaften, Hamburg 1842, S. 159 fg.

Jolly, das Recht der Actiengeſellſchaften in der Zeitſchr. für deutſches Recht Bd. XI., S. 380 fg.

Brinkmann, Lehrbuch des Handelsrechts §. 60, S. 237. fg.

Andererſeits liegt es im Intereſſe der Geſellſchaft und ihrer Gläubiger, daß rechtzeitig Fürſorge getroffen werde, daß eintretenden Falles die verſprochenen Nachzahlungen pünktlich und vollſtändig geleiſtet werden, zumal bei Verſicherungsanſtalten die Einforderung von ſolchen Nachzahlungen häufig den Nachweis liefert, daß die zeitherigen Unternehmungen unglücklich ausgefallen ſind, und die Geſellſchaft genöthigt iſt, einen Theil ihres Geſammtcapitals, welches bisher als Garantie für alle eingegangenen und noch einzuleitenden Unternehm-

Digitized by Google

ungen dient, zu Befriedigung der gegen sie bereits entstandenen Ansprüche zu verwenden. Aus diesem Grunde pflegt in den Statuten nicht nur den Actionären die Verpflichtung, wegen des nicht eingezahlten Theiles des Actienbetrages Wechsel auf sich an die Gesellschaft, zahlbar in bestimmter Frist nach Präsentation, auszustellen, oder Werthpapiere als Caution zu deponiren, auferlegt, sondern auch die Uebertragung der Actien, welche nicht auf jeden Inhaber, sondern auf bestimmte Namen gestellt und in einem besonderen der Gesellschaft zugehörigen Actienbuche verzeichnet werden, auf eine andere Person als Rechtsnachfolger an eine gewisse von der Verwaltung der Gesellschaft ausgeübte Controle beziehentlich Concurrenz bei der Uebertragung selbst — die sogenannte Umschreibung der Actien — gebunden zu werden.

Pöhls, a. a. O. §. 25, S. 243 fg.

Jolly, a. a. O., S. 382, S. 410 fg.

Treitschke, in der Zeitschr. für deutsches Recht Bd. V., S. 329 fg.

Reyscher, in ders. Zeitschr. Bd. XIII., S. 409.

Thöl, Handelsrecht §. 47.

Kuntze, Lehre von den Inhaberpapieren §. 129, S. 580.

Auch ist in neuerer Zeit das Interesse der Actiengesellschaft und deren Gläubiger in dieser Beziehung durch die Vorschriften des allgem. deutsch. Handelsgesetzbuchs Art. 223 verb. mit Art. 182 und 183, 207, 209 gewahrt worden, obwohl das gedachte Gesetz auf den vorliegenden, noch vor dessen Erscheinen abgeschlossenen Kaufvertrag keine Anwendung leidet.

Die mittelst Decrets vom 4. Juli 1857 bestätigten, der Klage beigelegten Statuten der Dresdner Feuerversicherungsgesellschaft enthalten folgende hier einschlagende Bestimmungen:

§. 7. Auf jede Actie (zu 1000 Thlr.) sind 20 Procent des Nominalbetrages, also 200 Thlr. baar einzuzahlen. Für den Rest von 80 Procent des Nominalbetrages, also 800 Thlr. hat jeder Actionär drei Schuldscheine nach dem Formulare unter Lit. A. 1. 2. und 3. auszustellen welche nach den Bestimmungen des Verwaltungsrathes zu erneuern sind. Der Aussteller ist verpflichtet, den in Lit. A. 1. namhaft gemachten Restbetrag in acht Tagen,

Digitized by Google

den in Lit. A. 2. in vier Wochen, den in Lit. A. 3. in drei Monaten nach Sicht einer desfalls vom Verwaltungsrathe erlassenen Aufforderung baar einzuzahlen.

§. 8. Die Actien werden auf den Namen des Besitzers lautend ausgefertigt.

§. 9. Jede Actie erhält in einem von dem Verwaltungsrathe zu führenden Actienbuche ein Folium, auf welchem der Name, Stand und Wohnort des jedesmaligen Inhabers, sowie alle Eigenthumsveränderungen eingetragen werden. Nur die aus diesem Actienbuche ersichtlichen Inhaber der Actien gelten als Mitglieder der Gesellschaft. Die gegeschehene Eintragung des Besitzwechsels einer Actie muß auf letzterer selbst bemerkt werden.

§. 13. Die Genehmigung des Verwaltungsrathes ist auch zu Uebergängen der Actien an neue Eigenthümer erforderlich. Findet die Genehmigung des Ueberganges einer Actie statt, so hat der neue Eigenthümer über den nicht baar eingezahlten Betrag der Actien neue Schuldscheine auszustellen, und erst am Tage des Einganges derselben bei dem Verwaltungsrathe tritt der Uebergang der Actie an den neuen Eigenthümer in Kraft. Der frühere Actionär erhält dagegen seine Schuldscheine zurück und es hören, vom Tage des Ueberganges der Actien an seine Besitznachfolger an, alle seine Rechte und Pflichten als Actionär der Gesellschaft auf.

Aus diesen statutarischen Bestimmungen ergiebt sich, daß der Uebergang verkaufter Dresdner Feuerversicherungsactien Seiten des zeitherigen durch das Actienbuch legitimirten Inhabers auf den Käufer der Gesellschaft gegenüber erst dann die Wirkungen der Novation dahin, daß alle Rechte und Verpflichtungen des zeitherigen Inhabers aufhören und auf seinen Besitznachfolger übertragen werden, erlangt, wenn der Verwaltungsrath der Actiengesellschaft zu dem Uebergange der Actien seine Genehmigung ertheilt hat, und von dem Erwerber derselben über den nicht baar eingezahlten Betrag der Actien neue Schuldscheine ausgestellt und bei dem Verwaltungsrathe eingereicht worden sind, worauf vom Verwaltungsrathe der Besitzwechsel sowohl

Digitized by Google

im Actienbuche eingetragen, als auch auf den Actien selbst bemerkt und dem zeitherigen Eigenthümer die von ihm ausgestellten Schuldscheine zurückgegeben werden.

2.

Was die Frage anlangt:

wenn ein Kauf, welcher über auf den Namen des jedesmaligen Besitzers lautende oder sogenannte nominative Actien abgeschlossen worden ist und dessen Realisirung von der Genehmigung der Vertreter der Actiengesellschaft abhängt, für perfect anzusehen sei und was der Verkäufer solcher Actien zu thun habe, um seiner Verpflichtung zu Erfüllung des Vertrages zu genügen?

so ist dieselbe nach der Ansicht des OAG.'s dahin zu beantworten, daß der Kauf über Actien der vorliegenden Gattung, wie jeder andere Waarenkauf schon dann perfect ist, wenn die Contrahenten ihr Einverständniß über die zu überlassenden Papiere und den dafür zu gewährenden bestimmten Preis erklärt haben, nicht minder, daß der Verkäufer seinen Obliegenheiten genügt, sobald derselbe dem Käufer die erkauften Actien nebst der die Uebertragung derselben auf den Käufer bestätigenden Urkunde übergiebt und bei den Vertretern der Actiengesellschaft seine Zustimmung, daß der Käufer als Besitzer der Actien in das Actienbuch eingetragen werde, erklärt. Der Umstand nämlich, daß der Uebergang der Actien Seiten des Verkäufers an den Käufer laut der Statuten erst nach erfolgter Genehmigung des Verwaltungsrathes des Actienvereins der Gesellschaft gegenüber in Kraft tritt, hat keineswegs die Wirkung, daß der Kauf unter den Contrahenten so lange, als nicht jene Genehmigung des Verwaltungsrathes erfolgt ist, für völlig ungültig, oder wenigstens als suspensiv oder resolutiv bedingt dergestalt zu achten sei, daß der Veräußerungsvertrag zwischen den Parteien erst dann, wenn die Genehmigung ertheilt worden, als definitiv abgeschlossen anzusehen, oder daß dem Käufer beim Außenbleiben der Genehmigung ohne Weiteres der Rücktritt vom Kaufe gestattet sei. Ebensowenig liegt nach gesetzlichen Bestimmungen oder nach den Statuten dem Verkäufer die Verpflichtung ob, dafür einzustehen, daß der Verwaltungsrath zu dem Uebergange der Actien auf den Käufer seine Genehmigung ertheile und die Umschreibung ge-

Digitized by Google

hörig erfolge. Vielmehr tritt hier ein ähnliches Verhältniß ein, wie beim Verkaufe von Immobilien. Denn obwohl das bürgerliche Eigenthum an Grundstücken in Sachsen ebenfalls nur durch einen von der Hypothekenbehörde zu bewirkenden Eintrag im Grund- und Hypothekenbuche erworben werden kann, so ist dennoch der über Immobilien abgeschlossene Kauf, sobald Einverständniß über das Kaufsobject und den Kaufpreis vorliegt, perfect, und der Verkäufer genügt durch die Uebergabe des erkauften Grundstückes, durch die Vollziehung und Einreichung der Kaufsurkunde bei der zuständigen Behörde, durch das gerichtliche Anerkenntniß der letzteren und durch den ausdrücklichen Antrag auf Verlautbarung der Besitzveränderung im Grund- und Hypothekenbuche allen Erfordernissen, welche ihm Behufs der Erfüllung des Vertrages und insbesondere zum Behufe der Uebertragung des Civileigenthums auf den Käufer zufolge der rechtlichen Natur des abgeschlossenen Contracts obliegen, indem über die etwaigen Folgen, welche eintreten, wenn die Genehmigung zu dem Besitzübergange Seiten der Behörde versagt werden sollte, erst künftig, wenn eine solche Verweigerung ausgesprochen wird, zu cognosciren und hierbei insbesondere zu erwägen ist, ob in dieser Beziehung dem Verkäufer eine Verschuldung zur Last falle und deshalb dem Käufer der Rücktritt vom Vertrage freistehe.

Zeitschr. für Rechtspfl. und Verw. N. F. Bd. XV., S. 71 fg.

In den Statuten ist nicht vorgeschrieben, in welcher Form die Verträge über Uebertragung des Eigenthums an Actien dem Verwaltungsrathe zur Genehmigung vorzutragen sind, insbesondere ob ein auf die verkauften Papiere Seiten des zeitherigen eingetragenen Besitzers gebrachtes ausgefülltes oder Blancogiro, oder der bloße mündliche Antrag desselben, auf Umschreibung der Actien auf den Käufer genüge, oder ob eine gerichtlich anerkannte Cession und ein förmlicher Antrag des Verkäufers auf Genehmigung des Ueberlassungsvertrages und auf Ueberschreibung der Actien auf den Erwerber erfordert werde. Man kann jedoch von der Frage, in welcher Weise die Kläger die Zustimmung des früheren eingetragenen Inhabers der Actien zu deren Uebertragung auf den Beklagten zu verificiren, und den Antrag auf Umschreibung derselben bei dem Verwaltungsrathe zu stellen gehabt haben, ganz absehen, weil die Kläger sich erboten haben, dem Be-

Digitized by Google

klagten Actien zu übergeben, als deren Eigenthümer Beklagter und beziehentlich der von ihm bezeichnete Mitkläger S. bereits in dem Actienbuche der Dresdner Feuerversicherungsgesellschaft von dem Verwaltungsrathe der Dresdner Feuerversicherungsgesellschaft eingetragen worden sind.

Abgesehen nun davon, daß das Verlangen der vorigen Instanz, daß die Kläger verpflichtet seien, vor allen Dingen die Genehmigung des Verwaltungsrathes zu Ueberschreibung der verkauften Actien auf den Beklagten zu verschaffen, weder in den Gesetzen, noch in den Statuten begründet ist, würde das gedachte Verlangen offenbar zu den größten Härten für den kaufmännischen Verkehr führen. Wie die in den öffentlichen Blättern bekannt gemachten Courszettel ausweisen, gehören die vorliegenden Actien zu den Börsenpapieren, deren Cours häufigen Schwankungen unterliegt. Da nun Inhalts der Statuten es vom freien Ermessen des Verwaltungsrathes abhängt, ob er die Genehmigung zu einem Besitzwechsel ertheilen wolle, und der Verkäufer außer Stand sich befindet, auf die Willensbestimmung jener aus mehreren Personen bestehenden Behörden einen Einfluß zu äußern, wogegen es dem Käufer nicht unmöglich fallen wird, sich schon vor Abschluß des Kaufes darüber, ob die Genehmigung ertheilt werde oder nicht, Gewißheit zu verschaffen, so würde der Verkäufer großen Vermögensverlusten ausgesetzt sein, sobald der Verwaltungsrath die Umschreibung verweigert, obwohl die der Realisirung des Kaufes entgegenstehenden Hindernisse nicht von ihm, dem Verkäufer, ausgegangen sind, sondern die ablehnende Entscheidung des Verwaltungsrathes, über welche derselbe Rechenschaft zu geben nicht einmal verpflichtet ist, durch andere häufig in der Person des Käufers liegende Bedenken hervorgerufen worden ist. Am wenigsten könnte aber dem Verkäufer angesonnen werden, die Umschreibung der Actien auf den Käufer zu einer Zeit zu bewirken und sich des Eigenthums an denselben definitiv zu entäußern, wo er genöthigt ist, den Käufer zur Erfüllung der von letzterem übernommenen Verpflichtungen im Rechtswege anzuhalten, und mithin selbst nicht mit Bestimmtheit zu übersehen vermag, ob der Käufer im Stande sein wird, seiner Seits den Kauf durch Bezahlung des Kaufgeldes zu erfüllen.

Digitized by Google

23.

Die in einer besonderen, wenn auch auf den Wechsel geschriebenen Urkunde enthaltene Bürgschaftserklärung ist nicht ohne Weiteres als Aval nach Art. 81 der A. D. W. O. zu beurtheilen. — Eine solchenfalls nicht fundirte Wechselklage kann auch nicht durch (irrthümliches) Anerkenntniß der Wechselverbindlichkeit salvirt werden.

III. Sen.-Erk. v. 13. Dec. 1862 no. 58/65.*)

Das OAG. hat nach anderweiter sorgfältiger Prüfung der Sache auch in der gegenwärtigen Instanz der Ansicht beitreten müssen,

a. daß die Bl. in beglaubigter Abschrift ersichtlichen Urkunden zu Einleitung eines wechselmäßigen Verfahrens gegen den Beklagten nicht ausreichen und

b. daß die zu Protocoll gegebene Erklärung des Beklagten ein selbstständiges Klagfundament nicht bilde, mindestens nicht im Wechselprozesse verfolgbar sei.

ad a.

Nach dem der vorliegenden Klage zu Grunde gelegten eigenen Wechsel hat G. v. S. dem Kläger am 8. October 1861 die Summe von 2000 Thlr. zu zahlen nach Wechselrecht versprochen.

Diesem Wechsel nachgeschrieben, findet sich eine von dem Beklagten und dessen Ehegattin unterzeichnete und vor Gericht recognoscirte Bürgschaftserklärung, Inhalts deren dieselben unter Verzicht auf die bürgschaftlichen Einreden, namentlich der der Vorausklage, der Theilung und des abzutretenden Klaggrechts für die v. S.'sche Wechselschuld an Hauptstamm und Kosten als Bürgen und Selbstschuldner zu haften versprochen haben.

*) In dem aus den obigen Rationen des specielleren ersichtlichen Falle der Wechselklage gegen den Bürgen hatten Ima und IIda condemnirt. Die IIIta (II. Sen.-Erk. v. 12. Juni 1862 no. 410/376) reformirte und die IVta, deren Rationen auf Klägers Rechtsmittel oben mitgetheilt sind, confirmirte.

Digitized by Google

In dieser Urkunde ist nicht enthalten, daß der Beklagte und seine Ehegattin die fragliche Bürgschaft so übernommen haben, daß sie zu deren Erfüllung nach Wechselrecht verbunden sein wollen und es ist daher folgerichtig in der dritten Instanz die vom Kläger auf Grund dieser Urkunde erhobene Wechselklage in der angebrachten Maße abgewiesen worden.

Was Kläger dagegen eingewendet hat, ist unerheblich, insbesondere die Beziehung auf Art. 81 der deutschen Wechselordnung verfehlt und die Bl. aufgestellte Behauptung der bereits eingetretenen Rechtskraft nach Inhalt der Appellationsbeschwerden actenwidrig.

Bei der formalen Natur des Wechselvertrages ist es keineswegs gleichgültig, ob Jemand, wie der angezogene Artikel der Wechselordnung voraussetzt, einen Wechsel mit seinem Namen einfach unterzeichnet oder nach Befinden seinem Namen die Bezeichnung „als Bürge" beigefügt hat, oder ob er keins von beiden gethan, anstatt dessen aber eine besondere Bürgschaftsurkunde hinter den Wechsel geschrieben und diese unterzeichnet hat.

In den ersteren Fällen ist nach der angezogenen Gesetzesstelle die Wirkung der einfachen oder mit dem Zusatze „als Bürge" versehenen Namenszeichnung die, daß den Unterzeichner die wechselmäßige Verpflichtung trifft, während dem nichts entgegensteht, daß der Unterzeichner einer besonderen Urkunde, auch wenn diese auf dasselbe Blatt Papier gebracht worden ist, auf dem sich der Wechsel befindet und sich mit ausdrücklichen Worten auf den vorstehenden Wechsel selbst bezieht, nur nach dem Inhalte seiner Urkunde beurtheilt wird.

Die Abgabe einer besonderen, wenn auch hinter einen Wechsel geschriebenen Erklärung, die Unterzeichnung einer besonderen Bürgschaftsurkunde ist nicht gleich einer Unterzeichnung des Wechsels selbst, mit oder ohne weiteren Zusatz.

ad b.

Daß die zu Protocoll gegebene Erklärung des Beklagten:

> er habe nichts gegen den geklagten Anspruch einzuwenden, erkenne vielmehr an, daß er dem Kläger die geforderten 500 Thlr. 9 Ngr. 9 Pf. nebst Zinsen davon zu 6 vom Hundert vom 9. Octbr. 1861 ab nach Wechselrecht schulde,

Digitized by Google

von demselben nicht zu dem Zwecke abgegeben worden ist, um dadurch eine bis dahin nicht bestandene Verbindlichkeit neu zu übernehmen, liegt klar vor.

Aus dieser Erklärung ist nur so viel abzunehmen, daß der Beklagte damals der Meinung gewesen ist, er sei in dieser Weise durch Unterzeichnung jener Bürgschaftsurkunde verpflichtet; ja man kann noch weiter gehen und annehmen, Beklagter habe durch diese Erklärung zu erkennen gegeben, wie er bei Unterzeichnung der Bürgschaftsurkunde in der Meinung gestanden habe, daß er sich in der zu Protocoll angegebenen Weise verbindlich mache; allein dieses alles reicht doch nicht zu, um ihn dieser seiner irrigen Ansicht gemäß zu verurtheilen. Der Richter hat, insbesondere in einem Prozesse, wo alles auf die den Träger des ganzen Rechtsgeschäfts darstellende Urkunde ankommt, sich nur an den Inhalt der Schrift zu halten, deren Worte der eigenen Auslegung zu unterwerfen und sich darum, welchen Sinn die Parteien der Schrift unterlegen, nicht zu kümmern.

Ebenso wenig kann nach der Wortfassung des Protocolls:

> „Beklagter übernehme auch die sämmtlichen Bl. verzeichneten Advocatenkosten in der dort berechneten Höhe zu Erstattung im vorliegenden Wechselprozesse, auf deren Feststellung verzichtend ꝛc."

davon die Rede sein, daß Beklagter diese Kosten nach Wechselrecht zu bezahlen versprochen habe. Das Versprechen geht einfach auf Bezahlung der in dem vorliegenden Wechselprozesse erwachsenen Kosten, ist aber durch Uebernahme der besonderen Verbindlichkeit, diese Kosten nach Wechselrecht bezahlen zu wollen, nicht verstärkt worden.

Digitized by Google

IV. Civilprozeß.

35.

Exceptio noviter emergens.

A.

II. Sen.-Erk. v. 9. Sept. 1862 no. 501/571.

Soviel die formelle Seite des Falles anlangt, so gilt allerdings wie gemeinrechtlich, so auch in Sachsen als Regel, daß peremtorische, nicht auf einem selbstständigen Klaggrunde beruhende Ausflüchte, wenn sie nicht innerhalb der zur Einlassung geordneten Frist vorgeschützt werden, für den Beklagten verloren gehen, es wäre denn daß, wie es in der A. Pr.-O. Tit. XI. §. 10 heißt:

> „die Exception, so er hernach einwenden will, von neuem entstanden, oder er erst folgends Wissenschaft davon erlanget und solches eidlich betheuern möchte, auf solchem Fall soll er auch hernach damit zugelassen werden."

Dieser Bestimmung zufolge beruht soviel, daß die peremtorische Frist zu Geltendmachung von Ausflüchten nicht auf sogenannte exceptiones noviter emergentes zu beziehen ist, außer Zweifel.

Dahingegen fehlt es in den älteren, wie neueren sächsischen Prozeßgesetzen an einer Bestimmung darüber, binnen welcher Zeit Ausflüchte, welche erst nach Ablaufe der Einlassungsfrist entstanden oder dem Beklagten bekannt worden sind, mit Erfolge noch vorgeschützt werden können, indem desfalls eine Frist, wie sie in ähnlichen Fällen z. B. der zulässigen Substitution neuer Zeugen an der Stelle früher benannter, jedoch vor ihrer Abhörung verstorbener, oder sonst dem Beweisführer verloren gegangener Zeugen nach der Erl. Proz.-Ordn. ad Tit. XXIII. §. 2. geordnet ist, nirgends vorgeschrieben sich findet. Gleichwohl wäre, wenn der Gesetzgeber den Gebrauch solcher neu entstandener Ausflüchte an den Ablauf einer bestimmten Frist von deren Entstehung resp. der erlangten Kenntniß davon hätte bin-

Digitized by Google

den wollen, gerade die angezogene Stelle der geeignete Ort gewesen, hierüber eine Bestimmung zu treffen. Da dies aber nicht geschehen ist, die A. Proz.-Ordn. vielmehr ganz im Allgemeinen lautet, so bleibt nichts als die Annahme übrig, man habe hierunter an den Grundsätzen des gemeinen Prozesses nichts ändern wollen, welcher dem Beklagten den Gebrauch erst nach der Litiscontestation ihm erwachsener Ausflüchte, ohne Rücksicht auf eine weitere Präclusivfrist bis zur Definitive gestattet.

Glück, Erläut. der Pand. Bd. 3. S. 514.

Gönner, Handb. des deutsch. gem. Prozesses Bd. II. XXXIII. §. 10. S. 193.

Grolmann, Theorie des gerichtlichen Verfahrens 2. Buch, Spec. Th. S. 343.

Bayer, Vorträge über den gem. ordentl. Civilprozeß S. 263.

Zu dieser Annahme ist man gewiß um so mehr befugt, als im allgemeinen die ältere sächsische Prozeßgesetzgebung dem Beklagten im Gebrauche von Ausflüchten einen ziemlich freien Spielraum läßt, wie unter anderen schon daraus erhellt, daß dieselbe den, in seiner Richtigkeit gemeinrechtlich wenigstens nicht unbestrittenen Grundsatz sogenannter privilegirter Exceptionen

vergl: Linde, Lehrb. des deutsch. gem. Civilproz. §. 208. S. 291.

Gönner, a. a. O. §. 11. S. 194 fg.

Bayer, a. a. O. S. 264.

in der Erl. Proz.-Ord. ad Tit. XXXIX. §. 6 ausdrücklich anerkennt, dergestalt, daß nach älterem Rechte die dort speciell genannten Ausflüchte, dafern sie nur in continenti liquid zu machen waren, auch noch im Hülfsverfahren mit Erfolge vorgeschützt werden konnten, selbst dann, wenn sie bereits vor der Einlassungsfrist entstanden und dem Beklagten bekannt gewesen, dafern sie nur nicht etwa schon vorher vorgeschützt oder zurückgewiesen worden waren.

vergl. Griebner, Discurs zur angez. Stelle der Erl. Proz.-Ordn. not. 30. S. 332.

Biener, syst. proc. §. 212. not. 7. 8.

v. Langenn und Kori, Erört. Th. 1. no. XIX. S. 189 fg.

Nun giebt es zwar seit dem Erscheinen des Executionsgesetzes vom 28. Februar 1838 sogenannte privilegirte Einreden im eigent-

Digitized by Google

lichen Sinne des Wortes nicht mehr, indem gegenwärtig nach §. 21 nurgedachten Gesetzes die Hülfsvollstreckung nur dann abgewendet werden kann, wenn der Verurtheilte nachzuweisen vermag, daß er den obsiegenden Theil in Gemäßheit des Erkenntnisses befriedigt, oder daß der Anspruch durch einen nach Bekanntmachung des Urthels geschlossenen Vergleich, beziehentlich ihm bewilligten Erlaß sich erledigt habe, oder endlich, daß ihm ein erst nach jenem Zeitpunkte entstandener, oder ein bereits früher klagbar gemachter, aber erst nach jenem Zeitpunkte in rechtliche Gewißheit gesetzter Gegenanspruch zustehe, welcher zur Compensation mit dem Streitgegenstande sich eignet.

Wie es indessen bei dieser neuern Bestimmung lediglich auf eine Beschränkung solcher Ausflüchte, welche einer rechtskräftigen Endentscheidung gegenüber mit Erfolge geltend gemacht werden können, abgesehen war, so findet sich auch nirgends in der neueren Sächsischen Prozeßgesetzgebung eine Bestimmung, aus welcher abzunehmen wäre, daß man den Beklagten das rechtliche Gehör habe versagen oder an eine gewisse Frist binden wollen in Ansehung erst nach der Litiscontestation ihm erwachsener Exceptionen, wenn sie nur noch vor Eintritt eines Definitiverkenntnisses von ihm geltend gemacht werden. Nach dem Grundsatze, daß da, wo es an einer gesetzlichen Distinction fehlt, auch dem Richter eine solche nicht gestattet ist, hat man daher anzunehmen, daß dergleichen später entstanden oder später bekannt gewordene Exceptionen bis zur Rechtskraft des Enderkenntnisses jederzeit vorgeschützt werden können; eine Ansicht, für welche übrigens ältere wie neuere Rechtslehrer

vergl. Griebner, zu Tit. XI. §. 10. der A. Proz.-Ordn. s. v. „beiheuern."

Hommel, rh. obs. 762. Tom. VI. pag. 268.

Biener, syst. proc. §. 69. not. 8.

Kori, Theorie des Sächs. bürg. Prozesses §. 84. not. 4.

Osterloh, ordentl. bürg. Prozeß. §. 236. S. 107, 2. Ausg. übereinstimmend sich aussprechen.

Wenn nun, soviel den vorliegenden Fall anlangt, die Vereinbarung, auf welche Beklagter neuerlich sich bezogen hat, im Monat Mai 1860 und zwar wie Bl. erläuternd hinzugefügt worden ist, erst am 30. dieses Monats zu Stande gekommen sein soll, so liegt

Digitized by Google

es auf der Hand, daß, die Wahrheit dieses Anführens vorausgesetzt, da die Frist zur Einlassung bereits am 14. Mai 1860 zu Ende gegangen ist, Beklagter nicht in dem Falle sich befunden hat, von solcher innerhalb der geordneten Einlassungsfrist Gebrauch zu machen, es vielmehr um eine wirkliche exceptio novitèr emergens sich handelt. Freilich hätte Beklagter, wie nicht bestritten werden kann, diese Ausflucht recht füglich schon früher und bereits im Laufe des ersten Verfahrens oder wenigstens noch bis zu der erst am 26. Juli 1860 erfolgten Acteneinsendung vorschützen können, welchenfalls schon das Beweisinterlocut voraussetzlich auf selbige erstreckt worden sein würde. Daß von ihm dieses unterlassen, ebensowenig gegen das gedachte Interlocut ein Rechtsmittel eingewendet worden ist, kann indessen nach dem oben ausgeführten einen Verlust der Ausflucht für ihn nicht zur Folge haben. Denn ist die Geltendmachung neuentstandener Ausflüchte, wie oben gezeigt worden ist, an eine bestimmte Frist überhaupt nicht gebunden, so vermag man nicht abzusehen, wiefern aus der unterlassenen früheren Vorschützung, wie es die erste Instanz thut, ein Verzicht auf Geltendmachung derselben gefolgert werden könne, zumal Verzichtleistungen überhaupt nie zu präsumiren sind. Noch vielweniger erscheint der weitere Einwand der ersten Instanz, als ob dem Beklagten hierunter die Rechtskraft des erwähnten Zwischenerkenntnisses entgegenstehe, gerechtfertigt, indem dieses Letztere auf die jetzt in Frage befangene Ausflucht sich gar nicht bezieht und der Natur der Sache nach nicht beziehen konnte, dasselbe vielmehr zunächst nichts weiter enthält, als ein Interlocut auf Beweis gewisser tempestiv vorgeschützter Gegenforderungen, welche Beklagter, nachdem er sich an der Beweisführung ohnehin versäumt, nachmals ausdrücklich fallen gelassen.

B.

III. Sen.-Erk. v. 21. März 1863 no. 2/2.

Wie von dem Kläger selbst nicht bestritten wird, enthalten die Sächsischen Prozeßgesetze keine ausdrückliche Vorschrift darüber, binnen welcher Zeit Ausflüchte, die erst nach Ablauf der Einlassungsfrist entstanden oder dem Beklagten bekannt geworden sind, noch vorgeschützt werden dürfen, es glaubt jedoch Kläger, daß diese Frage durch analoge Anwendung anderer prozeßrechtlicher Vorschriften, wie namentlich der-

Digitized by Google

jenigen, welche für die Substitution neuer Zeugen an der Stelle solcher, welche vor ihrer Abhörung nach ihrer rechtzeitig bewirkten Denomination dem Beweisführer verloren gegangen waren, und die Ansehung des Gebrauchs neu aufgefundener Urkunden ertheilt sind, beantwortet werden müsse.

Allein, wenn auch die Prozeßordnung Tit. XX. §. 8 in Verbindung mit der Erl. Proz.-Ordn. ad Tit. XXIII. §. 2 bestimmt, daß der Beweisführer an die Stelle eines vor der Abhörung verstorbenen Zeugen andere Zeugen nur binnen Sächsischer Frist von dem Zeitpunkte ab, zu welchem derselbe von dem Tode des Zeugen Kenntniß empfing, benennen dürfe, so läßt sich doch immer der Fall, wo der Beweis- oder Gegenbeweisführer an die Stelle eines ihm ohne sein Verschulden verloren gegangenen Beweismittels ein anderes substituiren will, nicht ohne Weiteres dem gleichstellen, wo der Beklagte eine neu entstandene, bez. eine ihm erst nachträglich bekannt gewordene Einrede nach Ablauf der zu Vorschützung seiner Exceptionen ihm verstattet gewesenen Frist geltend zu machen beabsichtigt. Denn wollte man auch in jenen Bestimmungen nicht blos eine singuläre Vorschrift erblicken, welche an sich eine analoge Anwendung nicht zulassen würde, sondern wollte man davon ausgehen, daß in denselben nur eine Anwendung des in den Reichsgesetzen

vergl. Reichsdeputationsabschied v. J. 1600. §. 86.

ausgesprochenen allgemeinen Grundsatzes, daß eine Partei nach begangener Versäumniß zum Restitutionsgesuch keine längere Frist habe, als die versäumte Frist betrug, zu finden sei,

vergl. v. Langenn und Kori, Erörterungen 2. Theil No. XIII. S. 121.

Höpfner, Beiträge zur civilger. Praxis 2. Bd. S. 115.

so sind doch beide obgedachte Fälle schon ihrer Natur nach wesentlich verschieden.

Bei dem Ersteren handelt es sich, wie erwähnt, nur um die Substitution eines Beweismittels an Stelle eines von dem Beweisführer bereits rechtzeitig gebrauchten, ohne seine Schuld aber verloren gegangenen, und wenn eine solche Substitution auch zwar nach Ablauf der Beweisfrist, aber nur in der angegebenen Zeitbeschränkung, gestattet ist, während ihm die Benennung neu aufgefundener Zeugen

Digitized by Google

nach Verfluß der Beweisfrist durch das Reſcript vom 22. November 1821 gänzlich verſagt wird, ſo ſoll jene Beſchränkung den Beweisführer hindern, den Prozeß in die Länge zu ziehen und es iſt ihm nur eine ſächſiſche Frist zur Benennung anderer Zeugen nachgelaſſen worden, weil ihm von Anfang an zu ſeiner Beweisführung und zur diesfallſigen Benutzung der ihm zu Gebot ſtehenden Zeugen eine längere Frist ebenfalls nicht geſtattet war und der Geſetzgeber ihn für verpflichtet erachtete, die Reſtitution gegen den ohne ſeine Schuld eingetretenen Verluſt eines Zeugen durch Bewilligung der nachträglichen Subſtitution anderer Zeugen innerhalb einer gleich langen Frist nachzuſuchen.

Im anderen Fall dagegen handelt es ſich nicht um die Reſtitution gegen den Verluſt eines Beweismittels, ſondern um die Geltendmachung einer auf den Ausgange des Prozeſſes weſentlich influirenden Thatſache, auf welche ſich der Beklagte Behufs ſeiner Rechtsvertheidigung innerhalb der ihm zur Vorſchützung von Exceptionen verſtattet geweſenen Frist um deswillen überhaupt nicht berufen konnte, weil dieſelbe damals noch gar nicht eingetreten, beziehentlich dem Beklagten nicht bekannt, deshalb aber auch ſelbſtverſtändlich von Letzterem nicht zu benutzen war.

Dieſer Fall iſt nun aber kein ſolcher, der mit der Subſtitution eines Beweismittels an Stelle eines bereits gebrauchten gleichzuſtellen wäre und zwar umſoweniger, als bei letzterer die Frage, ob der Beweisführer von der Exiſtenz der von ihm ſubſtituirten Zeugen während der Beweisfrist bereits Kenntniß hatte oder nicht, gar nicht mit in Betracht kommt, und man würde, wollte man hier eine Analogie ſtatuiren und davon ausgehen, daß der Beklagte ebenſo wie der Beweisführer andere Zeugen nur innerhalb eines die urſprüngliche Beweisfrist umfaſſenden, von der erlangten Wiſſenſchaft des Verluſts eines bereits benannten Zeugen zu berechnenden Zeitraumes ſubſtituiren dürfe, auch ſeiner Seits verbunden ſei, neu entſtandene oder ihm erſt nachträglich bekannt gewordene Ausflüchte innerhalb einer Frist vorzuſchützen habe, welche der ihm zur Vorbringung von Einreden urſprünglich geſtattet geweſenen, gleich käme, nach Befinden zu dem Reſultat gelangen, daß der Beklagte derartige Einreden nur noch

Digitized by Google

binnen einer sechstägigen Frist von erlangter Kenntniß an geltend machen dürfe.

Eben so wenig läßt sich aber auch aus den die Production neu aufgefundener Urkunden betreffenden prozeßgesetzlichen Bestimmungen eine Verpflichtung der Beklagten herleiten, daß er neu entstandene Exceptionen binnen einer gewissen von Zeit der erlangten Wissenschaft an zu berechnenden Frist bei deren Verlust anzuführen habe. In dieser Beziehung ist zuvörderst zu bemerken, daß in der Erl. Proz.-Ordn. ad Tit. XXIV. §. 3 für die Production neu aufgefundener Urkunden ein gleicher Termin, wie für die Benennung anderweiter Zeugen an Stelle eines verloren gegangenen, überhaupt nicht festgesetzt und die Frage, ob die Vorschrift der Erl. Proz.-Ordn. ad Tit. XXIII. §. 2 auf den Fall der nachträglichen Production neu aufgefundener Urkunden analog angewendet werden könne, eine bestrittene ist. Wollte man aber selbst, der entgegenstehenden Bedenken ungeachtet, eine solche Analogie für statthaft erachten, so würde man doch offenbar zu weit gehen, wenn man jene Vorschrift mittelst anderweiter Analogie von der Verpflichtung zur Production neu aufgefundener Urkunden nun auch auf die Verbindlichkeit des Beklagten zur Vorschützung neu entstandener Einreden binnen einer gewissen Frist ausdehnen und letztere dabei einem neuentdeckten Beweismittel in der rechtlichen Beurtheilung ohne Weiteres gleichstellen wollte.

Passen sonach aber die angezogenen gesetzlichen Bestimmungen auf den vorliegenden Fall überhaupt nicht, so hat man auch bei dem sonstigen Schweigen der Prozeßgesetze über die Frage, binnen welcher Frist neu entstandene Einreden geltend zu machen seien, nur auf das gemeine Recht zu recurriren. Nach diesem aber hat der Beklagte, auch wenn er nur eine schon vorhanden gewesene peremtorische Einrede nicht kannte und deshalb dieselbe rechtzeitig vorzuschützen unterließ, die Restitution aus der allgemeinen prätorischen Clausel

vergl. Burchardi, die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. S. 185.

und um so mehr ist ihm gestattet, ganz neu entstandene Einreden, welche er während der Exceptionsfrist nicht vorschützen konnte, noch nachträglich geltend zu machen, und zwar so lange, als noch nicht definitiv in der Sache entschieden ist, mithin in jedem Stadium des

Digitized by Google

Prozesses. Diese Meinung wird auch, wie schon im vorigen Urthel gezeigt worden, von den angesehensten Lehrern des gemeinen, wie des sächsischen Prozeßrechts vertheidigt, und es ist dieselbe auch von dem OAG. schon früher mehrfach in ähnlichen Fällen befolgt worden.

vergl. z. B. Zeitschr. für Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. XXI. S. 247.

Daß endlich auch um deswillen allein, weil Beklagter mit seiner neuern Einrede erst nach dem Beweisinterlocut hervorgetreten ist, ein Verzicht desselben auf diese seine Ausflucht noch nicht angenommen werden kann und daß demselben nicht die Rechtskraft des gedachten Interlocuts entgegensteht, findet sich in den vorigen Entscheidungsgründen bereits zur Genüge dargelegt.

36.

Behinderung der Eidesleistung durch Appellation? — Appellation gegen Abschlagung des Gesuchs um Verlegung des Schwörungstermins.

II. Sen.-Erk. v. 15. Mai 1862 no. 347/302.*)

Die Frage, ob die in zahlreichen Gesetzstellen

vergl. Savigny, System des heut. röm. Rechts Bd. III. S. 140.

ausgesprochene Fiction der Erfüllung einer Bedingung, deren wirkliche Erfüllung der an deren Vereitelung Interessirte verhindert hat, auf den Fall Anwendung leide, wenn eine Prozeßpartei, welche zu Leistung eines ihr zuerkannten Eides in dem hierzu anberaumten Termine bereit ist, durch Appellation des Gegners hieran verhindert wird, ist bekanntlich nicht unbestritten. Das OAG. hat sich in Uebereinstimmung mit der Praxis des vormaligen AG.'s mittels eines unter dem 4. November 1837 angenommenen Rechtssatzes zwar für Bejahung dieser Frage jedoch unter ausdrücklicher Beschränkung auf den Fall entschieden, wenn gegen die Eidesleistung frivol appellirt worden

*) Die Ima und IIda hatten in dem aus dem Texte, seinem Material nach, des Näheren ersichtlichen Fall, den Eid wegen frivoler Behinderung für geleistet erachtet. Die IIIia (Rationen oben) reformirte auf Anordnung anderweiten Termins, und die IVta (III. Sen.-Erk. v. 22. Nov. 1862 no. 64/61) confirmirte im Wesentlichen aus vorigen Gründen.

Digitized by Google

ist. Denn jene Fiction setzt einen dolus, die auf die Vereitelung gerichtete Absicht des Gegners,

Savigny a. a. O.

mindestens doch eine dem dolus gleich zu achtende culpa lata voraus und paßt daher auf ein die Eidesleistung verhinderndes Rechtsmittel blos dann, wenn das Letztere nach Lage der Sache so zweifellos unerheblich und unbegründet sich darstellt, daß es als eine ganz ungerechtfertigte, im Geiste der gesetzlichen Bestimmungen

Proz.-Ordn. tit. XXXV. §. 4.

Erl. Proz.-Ordn. ad h. tit. §. 4.

Biener, syst. proc. §. 176.

zu mißbilligende Benutzung der Wohlthaten des gesetzlichen Instanzenzugs angesehen werden mag. Daß in diesem Sinne die ergriffene Appellation als frivol zu betrachten, folgt daraus allein, daß solche in den Verordnungen Bl. u. Bl. verworfen worden ist, um so weniger, als die Prüfung der merita causae in der jetzt fraglichen speciellen Richtung der Cognition der Instanzen damals gar nicht vorgelegen hat, mithin das OAG. sich nicht behindert finden kann, die der Annahme einer Frivolität entgentretenden Bedenken zu beachten.

Nicht mit Unrecht ist von der Beklagten wiederholt geltend gemacht, daß sie nur gegen Abschlagung ihres Gesuchs um Wiederaufhebung des anberaumten Schwörungstermins remedirt, mithin die Absicht, die Eidesleistung selbst zu verhindern, direct nicht ausgesprochen, vielmehr blos die Vertagung derselben auf einen späteren Zeitpunkt verlangt hat. An sich würde daher das Prozeßgericht nicht behindert gewesen sein, in dem einmal anberaumten, des gedachten Gesuches ungeachtet, nicht aufgehobenen Termine mit Abnahme des Eides selbst zu verfahren. Wenn dasselbe gleichwohl in Hinblick auf die Möglichkeit, daß bei Beachtung der Appellation eine Wiederholung der Eidesleistung nöthig werden könnte, die sofortige Vornahme derselben aus einer an sich nicht zu mißbilligenden Rücksicht auf die Heiligkeit des Eides unterließ, so erscheint dieser Erfolg nicht als beabsichtigte, nothwendige, sondern als eine zufällige Wirkung des ergriffenen Rechtsmittels, welche der Beklagten nur insoweit zur Last gelegt werden könnte, als sie hierunter der Vorwurf grober Verschuldung treffen würde. Dies anzunehmen fällt aber bedenklich, wenn man erwägt,

Digitized by Google

daß einerseits das Gesuch um Aufhebung eines Termins, welches in der Erl. Proz.-Ordn. ad tit. §. 5 von der Appellation wider den Fortgang eines solchen ausdrücklich unterschieden ist, dem Gerichtsbrauche zufolge

vergl. Griebner, Discurs ad h. l., s. voc: Kurz vorher S. 85.

minder strengen Anforderungen unterliegt, namentlich sobald es rechtzeitig genug angebracht ist, um wegen Abänderung des Terminstags und Notification an den Gegner das Nöthige vorkehren zu können — zwischen der Einreichung des Gesuchs und dem Terminstage liegen fünf volle Tage mitten inne — nicht ohne die erheblichsten Gründe zurückgewiesen wird, anderer Seits die auch von dem OAG. getheilte Ansicht, daß dem Gegner des juraturus das in der Erl. Proz.-Ordn. eingeräumte Recht auf die volle gesetzliche Frist des Schwörungstermins nach dem Gesetze, die Abschaffung des Gefährdeeides betr. vom 19. Febr. 1838 §. 4, nicht weiter zustehe, doch nicht die Berücksichtigung des Interesse ausschließt, welches der Gegner an der Einhaltung einer zu Wahrung seiner prozessualischen Rechte im Schwörungstermine genügenden Frist hat,

Annalen, Bd. IV. S. 361 Nr. 31,

mithin die Bemessung der einzuräumenden, wenn auch abgekürzten Frist im Wesentlichen immer in das richterliche Ermessen stellt. Hat daher Beklagte in ihrem Prorogationsgesuche gegen die Bestimmung des Prozeßgerichts auf das Ermessen der höheren Instanzen sich berufen, so könnte diese Berufung, obschon sie erfolglos geblieben, doch nur dann als eine frivole für den jetzt vorliegenden Zweck betrachtet werden, wenn sie jeden zu Einwirkung auf das richterliche Ermessen geeigneten Grundes entbehrt hätte. Dies läßt sich aber im gegenwärtigen Falle nicht so ohne Weiteres behaupten, da nach der besonderen Lage der Sache und bei der Umfänglichkeit der Bl. zusammengestellten Eide ein Interesse der Beklagten an der Beiwohnung des Schwörungstermins behufs geeigneter Vorhaltung allerdings wohl denkbar und das Bedürfniß einer längeren Frist zu der, durch der Beklagten Abwesenheit erschwerten Beschaffung geeigneter Materialien nicht nur wahrscheinlich ist, folglich die darauf gestützte Anrufung des richterlichen Ermessens nicht von vornherein als eine völlig aussichtslose, den Prozeß muthwillig verzögernde, erkennbar war.

Digitized by Google

37.

Zur Lehre von der accessorischen Adhäsion.

II. Sen.-Erk. v. 12. Dec. 1862 no. 862/835.

Die vom Beklagten unternommene Adhäsion stellt sich als zweifelfos unzulässig dar, da Klägerin blos dagegen remedirt hat, daß ihr nicht Verzugszinsen von Zeit der Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch, beziehentlich von Zeit des entstandenen Creditwesens an, sondern nur Judicatzinsen von einem späteren Zeitpunkte als dem der Rechtskraft des Locationsurthels an zugesprochen worden seien, Beklagter dagegen als solche Punkte, rücksichtlich deren er die Appellation der Klägerin adhäriren zu wollen erklärt,

a. die ausgesprochene Kostencompensation,
b. das der Klägerin Judicatzinsen zugesprochen und
c. seine (auf Beanspruchung der zugebilligten Zinsen für die Concursmasse gerichtete) Reclamation nicht berücksichtigt worden sei,

bezeichnet hat, in keiner dieser Beziehungen aber eine communio gravaminis, die rechtliche Bedingung der Adhäsion, vorliegt. Es liegt dies, soviel den Kostenpunkt sub a betrifft, welchen die Klägerin überhaupt nicht zur Beschwerde gezogen hat, am Tage und bedarf in Ansehung die Punkte sub b. und c. noch abgesehen davon, daß die erhobene Reclamation einen ganz geringfügigen, der Cognition jetziger Instanz nicht unterliegenden Gegenstand betrifft, keiner ausführlichen Darlegung, da einleuchtender Weise die Beschwerden der Parteien weder dem Wortlaute noch der Tendenz nach zusammentreffen, wenn Klägerin sich darüber beschwert, daß ihr blos soviel Zinsen als geschehen, zugesprochen worden seien, Beklagter aber gerade dadurch, daß ihr so viel Zinsen zugesprochen worden, sich beschwert findet.

38.

Der Beklagte ist nicht berechtigt aus dem ihn verurtheilenden Erkenntnisse, wonach seine Verurtheilung von einer dem Kläger obliegenden Gegenleistung bedingt

Digitized by Google

ist, auf Letztere die Execution gegen den Kläger zu suchen.

III. Sen.-Verordn. v. 31 Jan. 1863 no. 23.*)

Das OAG. hat sich bereits in einem früheren zu seiner Entscheidung gelangten Falle der vorliegenden Gattung dahin ausgesprochen, daß ein Beklagter, dessen rechtskräftig ausgesprochene Verurtheilung von einer gleichzeitig (Zug um Zug) zu bewirkenden Gegenleistung des Klägers abhängig gemacht worden ist, nicht berechtigt sei, auf Grund dieses Erkenntnisses ein executivisches Verfahren, wie dasselbe nach den Bestimmungen des angezogenen Gesetzes auf Antrag des obsiegenden Klägers gegen den rechtskräftig verurtheilten Beklagten stattfinden soll, auszubringen. Die Gründe für diese Ansicht, von welcher sich das OAG. nicht bewogen findet, abzugehen, sind in den Bl. — citirten, in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung N. F. Bd. 16. S. 189 abgedruckten Rationen

vergl. auch Schwarze, Gerichtszeitung Bd. 1. Jahrg. 1857. S. 62. ausführlich entwickelt worden**), so daß man unter Verweisung hierauf nur folgende Momente noch hervorheben will.

---

*) Kläger hatte wider Beklagte in Betreff eines ihm von der Letzteren um 1000 Thlr. verkauften Hausgrundstücks die actio emti angestellt, und eine Condemnatoria derselben erlangt, wonach sie verurtheilt worden, den Kauf zu erfüllen, den auf Grund der nach Inhalt der Klage getroffenen Vereinbarungen zu entwerfenden Kaufcontract zu vollziehen, dem Kläger das Grundstück nach Bezahlung von 1000 Thlr. zu übergeben ꝛc.

Unter Bezugnahme auf die Bestimmung des Executionsgesetzes vom 28. Februar 1838 §. 5

> Ist die Verurtheilung einer Partei durch eine Gegenleistung bedingt, die gleichzeitig eintreten soll (z. B. Bezahlung des Kaufgeldes für die abzuliefernde Sache), so steht es jedem der Interessenten frei, die Execution des Erkentnisses sofort nach eingetretener Rechtskraft zu suchen.

und unter dem Anführen, daß Kläger in der Vertragserfüllung in Verzug sei, Hülfsauflage gegen Klägern. Das Prozeßgericht erließ wider denselben auch eine solche wegen Bezahlung der 1000 Thlr. Auf eingewendete Berufung billigte die IIda den Erlaß einer Hülfsauflage im Allgemeinen, wenn auch mit Modificationen in Betreff des Inhalts. Allein auf fernere Berufung Klägers reformirte das OAG. auf Einstellung des Vollstreckungsverfahrens.

**) In dem hier bezogenen Falle (M. c/a. F.) war M. auf die actio emti des F. zu Lieferung von 1500 Centnern Guano gegen Empfangnahme

Digitized by Google

Zwar scheinen die Worte des §. 5. „so steht es jedem der Interessenten frei, die Execution des Erkenntnisses sofort nach eingetretener Rechtskraft zu suchen" an und für sich allein betrachtet, die Annahme zu unterstützen, als wenn der Gesetzgeber, abweichend von der allgemeinen Regel, daß der Kläger in der Hauptsache nicht verurtheilt werden kann, eine solche Verurtheilung bei gegenseitigen Verpflichtungen der im §. 5 erwähnten Art für zulässig erklären und demgemäß auch die Vollstreckung diesfallsiger Erkenntnisse habe anordnen wollen. Aber schon bei einer genaueren Prüfung dieser

---

des stipulirten Kaufpreises von 6275 Thlrn. ꝛc. verurtheilt. Als F. mit der Execution gegen M. nicht vorging, erhob letzterer wider ersteren Ordinarklage auf Abnahme gegen Zahlung, welche er zwar unter Bezugnahme auf den Vorprozeß als actio judicati bezeichnete, worin jedoch zugleich das zwischen den Parteien celebrirte Rechtsgeschäft in facto dargestellt war. Diese Ordinarklage wurde von den ersten beiden Instanzen abgewiesen, indem insbesondere die II^da ausführte, wie die Bestimmung des §. 5 cit. nicht allein dem früheren Beklagten M. die Füglichkeit zu Suchung der Execution auf die Gegenleistung wider F. biete, sondern sogar einen anderen Weg zu Erlangung der Letzteren, also insbesondere auch eine ordinarische actio judicati ausschließe.

Das OAG. (II. Sen.-Erk. v. 8. April 1856 no. 858/812, und confirmatorisches III. Sen.-Erk. v. 18. October 1856 no. 57/56) reformirte auf Aufrechterhaltung der Klage, in dem, abgesehen von der Frage über die dermalige practische Bedeutung der actio judicati und der hierunter aufgetretenen verschiedenen Ansichten

Sintenis, Civilrecht §. 34 u. not. 18. das. S. 341 der 1. Aufl.
Hefter, Institutionen des Civilprozesses S. 259. 260.
Franke, im Archiv für Civil.-Praxis Bd. XXIII. S. 406.
Osterloh, ordentl. Prozeß §. 349, Nota 9. S. 368 der 3. Aufl.

die Klage als Contractsklage thatsächlich schlüssig begründet sei und überhaupt aus der nach §. 5 cit. bedingten Verurtheilung des Beklagten von diesem unter allen Umständen nicht gegen den Kläger Execution gesucht werden könne. Zu Ausführung dieses Satzes berief sich die III^la im Wesentlichen auf dieselben Gründe, welche in der im Texte mitgetheilten Verordnung kürzer wiedergegeben sind, in dem sie nur noch in Betreff der Inconvenienzen, welche eine gegentheilige, anscheinend auch von

Osterloh a. a. O. §. 351 und
Beck, Executionsgesetz S. 33. 34.

getheilte Auffassung mit sich führe, auf die Ausführung des letztgedachten Rechtslehrers a. a. O. S. 34 verwiesen war.

Digitized by Google

Stelle und der in §§. 1 bis 4 und 6 enthaltenen, mit jener im Zusammenhange stehenden Vorschriften ergiebt sich, daß der §. 5 nicht so aufgefaßt werden kann. Das Gesetz erfordert zur Einleitung des Vollstreckungsverfahrens vor allem einen richterlichen, in Rechtskraft übergegangenen Ausspruch, wodurch einem der streitenden Theile zum Vortheile des anderen etwas zu leisten oder zu unterlassen auferlegt worden ist, oder, wie es in §§. 3 und 4 heißt, eine Verurtheilung, welche, wie schon bemerkt worden ist, der Regel nach nur in der Person des Beklagten eintreten kann, der im weiteren Fortgange des Gesetzes, abwechselnd mit den Ausdrücken der Verurtheilte, der unterliegende Theil, die sachfällige Partei, oder der Schuldner bezeichnet wird. Daß auch, wenigstens in dem §. 5 erwähnten Falle, gegenseitige Leistungen eine Verurtheilung Klägers zu der ihm obliegenden Gegenleistung gestattet sein und vom erkennenden Richter ausgesprochen werden solle, ist, wie gleichwohl bei einer so einflußreichen Abänderung des bisherigen Prozeßrechtes hätte geschehen müssen, weder in dieser noch in einer anderen Stelle des Gesetzes ausgesprochen und auch in §. 5 nicht einmal implicite angedeutet zu befinden. Vielmehr behandeln die schon ihrer wörtlichen Fassung nach in nächster Verbindung mit einander stehenden §§. 4 und 5 nur Fälle einer, wie sich das Gesetz ausdrückt, bedingten Verurtheilung des Beklagten, wobei in §. 5 nicht von einer Verurtheilung des Klägers — des obsiegenden Theils — zur Gegenleistung, sondern nur von einer durch diese bedingten Verurtheilung des Beklagen die Rede ist, so daß man unter dem Erkenntnisse, dessen Execution von beiden Theilen gesucht werden kann, nicht ein den Kläger, sondern immerhin nur ein den Beklagten verurtheilendes verstehen kann.

Hiermit stimmt nun auch überein, daß keiner der vielen und speciellen, die Form des executivischen Verfahrens, den Inhalt der Zahlungsauflage, die Modalität der Vollstreckungshandlungen, die Einwendungen und Rechtsmittel gegen dieses Verfahren betreffenden, in ihrer Gesammtheit ein System des Vollstreckungsverfahrens bildenden Vorschriften einen Ausspruch und eine specielle Anleitung in Betreff einer Execution gegen den Kläger enthält. Im Gegentheil schreibt der §. 15 vor, daß, wenn die Verurtheilung durch eine Gegenleistung des obsiegenden Theils bedingt sei, welche gleichzeitig eintreten solle,

Digitized by Google

wie z. B. Zahlung des Kaufgeldes für die abzuliefernde Sache, das Gericht, auch wenn sich der Ansuchende zur Gegenleistung nicht ausdrücklich erboten, diese Bedingungen in der an den verurtheilten Beklagten zu erlassenden Auflage ausdrücken, dem obsiegenden Theile — also dem Kläger, nur, wie in andern Fällen (§. 11.) eine Abschrift der an den Beklagten erlassenen Auflage zustellen und diese die Stelle einer Verwarnung an den Ausbringer vertreten soll, daß bei unterbliebener Gegenleistung das Verfahren wider den Verurtheilten beanstandet werden solle. Daß die Zufertigung dieser Abschrift keine andere als die so eben gedachte Wirkung äußern soll, erklärt sich daraus von selbst, daß der Erlaß einer förmlichen, direct an den Schuldner gerichteten Hülfsauflage ein unentbehrliches Erforderniß für die Vollstreckungshandlung ist, der Erlaß dieser Auflage aber hinwiederum nur auf Grund einer rechtskräftigen Verurtheilung, beziehungsweise eines prozeßgerichtlichen Vergleichs oder eines angestellten Executionsprozesses (vergl. §§. 85. 96 des angez. Gesetzes) ergehen darf. Man könnte zwar einwenden wollen, daß der §. 15 gerade nur den Fall vor Augen habe, daß lediglich der Käufer die Vollstreckung der Sentenz beantragt habe, daraus aber nicht folge, daß ein Antrag des Beklagten auf Hülfsvollstreckung gegen den Kläger wegen der Gegenleistung des Letzteren unstatthaft sei, letzteren Falle vielmehr eine analoge Anwendung der über das Vollstreckungsverfahren gegen den Beklagten ertheilten Vorschriften eintreten könne. Dem steht aber, abgesehen von den schon geltend gemachten Bedenken und der Erwägung, daß dem Gesetzgeber bei der Aufstellung einer vollständigen Executionsordnung ein absichtliches Schweigen über die Form eines Vollstreckungsverfahrens gegen den Kläger, wenn und wo er dieselbe hätte eintreten lassen wollen, nicht zugetraut werden kann, insbesondere auch noch der Umstand entgegen, daß in §. 15. Abs. 2 die Erlassung einer Auflage an den Kläger, „daß er die Gegenleistung bewirke", schlechthin für unzulässig erklärt worden ist. Der Inhalt dieses Paragraphen ist nach der Meinung des OAG.'s vom wesentlichen Einflusse auf das Verständniß des §. 5 und beweist, daß in dem letzteren weder die — ausnahmsweise — Zulässigkeit einer Verurtheilung des Klägers in der Hauptsache, noch die Statthaftigkeit eines gegen denselben gerichteten Vollstreckungsverfahrens anerkannt, sondern lediglich

Digitized by Google

der Satz zur Geltung gebracht werden sollte, daß bei gegenseitigen Leistungen, welche Zug für Zug zu bewirken sind, die Vollstreckung der gegen den Beklagten ausgesprochenen Verurtheilung auch ohne Berücksichtigung und beziehentlich Gewährung der dem Kläger obliegenden Gegenleistung erfolgen, und daß dem Beklagten nur das Befugniß eingeräumt werden sollte, die nach Maßgabe §. 15 zu bewirkende Vollstreckung seiner bedingten Verurtheilung selbst in Anregung zu bringen, wenn er aus irgend einem Grunde hieran ein rechtliches Interesse hat. Hierbei ist auch nicht unberücksichtigt zu lassen, daß für den im §. 4 gedachten Fall bedingter Verurtheilungen eine auf die Zulässigkeit eines Vollstreckungsverfahrens gegen den Kläger hindeutende Bestimmung im Gesetze gar nicht enthalten ist, obschon die im §. 4 gedachte Bedingung auch in einer Handlung oder Leistung des Klägers bestehen kann, und, dies vorausgesetzt, beide Fälle einer bedingten Verurtheilung sich nur dadurch von einander unterscheiden würden, daß in dem einen die dem Kläger obliegende Leistung eine Vorleistung, in dem andern eine gleichzeitig Zug um Zug zu bewirkende Gegenleistung ist.

Aus diesen Gründen hat man die Berufung Klägers nicht für unerheblich erachten können, es ist vielmehr, wie andurch verordnet wird, nicht blos mit der Bl. — an den Kläger erlassenen Zahlungsauflage, sondern auch mit Einleitung eines Vollstreckungsverfahrens gegen den Kläger wegen der ihm obliegenden Gegenleistung überhaupt Anstand zu nehmen und der Beklagten, sofern sie zu einer Hülfsvollstreckung gegen den dermaligen Kläger gelangen will, die Ausführung ihres Anspruchs durch Anstellung besonderer Klage anheim zu geben.

Digitized by Google

Präjudizien.

Römisches und Sächsisches Civilrecht.

54.

Inferirt die Ehefrau dem Ehemanne ein von diesem einem Dritten geschuldetes, ihr von Letzterem geschenktes Nomen, so hat sie bei entstandenem Concurse zu des Ehemannes Vermögen wegen des betreffenden Betrages das privilegium exigendi.

II. Sen.-Erk. v. 13. Mai 1862 no. 92/131.*)

Nachdem der Gemeinschuldner im Laufe des Jahres 1851 als Weinhändler in D. sich etablirt hatte, was nur mit Hülfe der von seinem Schwiegervater E. in der Eigenschaft als Einbringen seiner Tochter ihm gewährten Geldmittel möglich geworden war, ward demselben auch noch außerdem eine weitere pecuniäre Unterstützung Seiten des genannten Schwiegervaters dadurch vermittelt, daß ihm der letztere bei dem Banquierhause H. & S. zu L. einen Credit von 2000 Thlr. eröffnen ließ, für dessen Betrag er, E., unter Verzicht auf die bürgschaftlichen Rechtswohlthaten sich verbürgte. In Folge dessen trat der Gemeinschuldner mit H. & S. in eine Geschäftsverbindung, welche

*) Das gegen dieses Erkenntniß vom Curator litis eingewendete Rechtsmittel mußte für unstatthaft erachtet werden, weil die zur IV^ta devolvirbare Prioritätsfrage jenen nicht tangire. (III. Sen.-Verordn. v. 24. Jan. 1863 no. 63/68 v. 1862.)

Digitized by Google

bis in die Mitte des Jahres 1855 bestanden hat und zur angegebenen Zeit mit einem Guthaben des genannten Banquierhauses im Belaufe von 2242 Thlr. 21 Ngr. 5 Pf. zum Abschlusse kam. Obwohl die Richtigkeit dieses Guthabens von dem Gemeinschuldner wiederholt anerkannt wurde, erfolgte gleichwohl Zahlung nicht, weshalb die Gläubiger an den Bürgen E. sich wendeten, welcher seinen bürgschaftlichen Verpflichtungen durch Zahlung nachkam.*)

Bereits am 31. Decbr. 1855 hatte nunmehr E. laut gerichtlicher Schenkungsurkunde (Doc. prob. IX. Bl.) einen Schenkungsvertrag mit der Klägerin abgeschlossen, wonach er, wie es am angegebenen Orte wörtlich heißt, diejenigen 2000 Thlr., welche sein Schwiegersohn an H. & S. schuldig gewesen und wofür er unter Entsagung der bürgschaftlichen Ausflucht sich verbürgt, die er — E. — auch bereits bezahlt, seiner Tochter, der Klägerin „als Geschenk" zu geben erklärte, und zwar mit dem Hinzufügen, daß dieselbe gewisse, ihr „bereits als Mithülfe" früher ausgezahlte Gelder und die ihr gegebene Ausstattung ebenfalls als Geschenk annehmen solle. Diese Schenkung ist nun besage derselben gerichtlichen Urkunde nicht allein sofort von der Schenkgeberin, unter Beitritt ihres Ehemannes, angenommen, sondern auch nachmals gerichtlich bestätigt worden.

Daß nun die Forderung, welche vermöge jener Interception der Schwiegervater des Gemeinschuldners an den Letzteren erworben hatte und nach dem Belaufe von 2000 Thlr. der Klägerin schenkungsweise überwiesen worden ist, als Einbringen hat angesehen werden sollen, ist zwar besage der Urkunde von dem Schenkgeber nicht ausdrücklich bestimmt worden, indem die dabei nur beiläufig erfolgte Erwähnung einer schon früher gewährten Mithülfe, worauf Klägerin ein besonderes Gewicht gelegt wissen will, nach der Ansicht auch der gegenwärtigen Instanz für die Intention des Schenkgebers hierunter nur wenig Anhalt liefert. Ebensowenig liegt eine Willensäußerung der betheiligten Eheleute selbst, insonderheit des Gemeinschuldners vor. Nichtsdestoweniger folgt nach der Ansicht des OAG.'s die Einbringens-

*) Die für den vorliegenden Zweck nicht interessirenden Specialitäten der Zahlung sind weggelassen und demgemäß auch in den nächsten Sätzen einige Aenderungen des Textes eingetreten.

Digitized by Google

qualität und mithin auch — was eigentlich allein Gegenstand des Streites ist — der Anspruch der Klägerin auf prioritätische Befriedigung, aus der Natur der Sache ganz von selbst. Der von beiden vorigen Instanzen hiergegen erhobene Einwand, es handle sich hierunter nicht um baares Einbringen (pecunia illata), sondern nur um ein nomen illatum, als weshalb die Klägerin hierunter nur als Cessionarin eines gemeinen Gläubigers ihres Ehemannes in Betracht komme und anderer Gestalt nicht zu lociren sei, wie dieser, wenn er noch Inhaber der Forderung wäre, locirt worden sein würde, vermag man als durchschlagend nicht anzuerkennen, obwohl, wie man nicht bestreiten will, manches für eine solche Auffassung sich geltend machen läßt, dieselbe auch nicht allein von namhaften Rechtslehrern, von denen hier beispielsweise nur

Reinhard, Ordnung der Gläubiger im Concurse §. 138, S. 169 verb. mit §. 85, S. 92.

genannt werden mag, vertreten wird, sondern von dem OAG. selbst früher in ähnlichen Fällen

vergl. die in der Zeitschr. für Rechtspfl. und Verw. N. F. Bd. XVI., S. 279 abgedruckte Entscheidung,

befolgt worden ist. Wie nämlich nach sächsischem Rechte im Zweifelsfalle das gesammte eheweibliche Vermögen der Verwaltung und dem Nießbrauche des Ehemannes unterliegt und zwar ohne Unterschied, ob solches vor Eingehung der Ehe oder während dieser Letzteren erworben worden ist, indem ein praktisch wirksamer Unterschied zwischen Dotal- und Paraphernalvermögen bekanntlich dermalen nicht mehr existirt, so gilt dieses insonderheit auch von außenstehenden Schuldforderungen der Ehefrauen (sogenannten nominibus illatis), nur daß in Ansehung ihrer der Ehemann unter gewissen Voraussetzungen zufolge der Verordnung vom 7. Juni 1821 (Ges.-Samml., S. 75) rücksichtlich der Einhebung an die Einwilligung und Concurrenz der Ehefrau gebunden ist. Denn der Letzteren verbleibt auch von dem Zeitpunkte der Illation an, als welche übrigens von selbst als erfolgt anzusehen ist, sobald der Ehemann von dem Vorhandensein des Außenstandes bei einem Dritten Kenntniß erlangt hat, die Proprietät an dem nomen illatum so lange wenigstens, als bis nicht mit ihrer

Digitized by Google

Einwilligung eine Einziehung, beziehentlich Veräußerung deſſelben Seiten des Ehemannes ſtattgefunden hat. So lange daher weder das eine, noch das andere geſchehen, hat auch Niemand anders als die Ehefrau, als die Forderungsberechtigte, die Gefahr zu tragen, der Ehemann dagegen für dieſe nur inſoweit zu haften, als ihm ein dolus oder eine culpa in exigendo beigemeſſen werden kann. Aus dieſem Grunde genügt auch, wenn es zur Reſtitution des Einbringens kommt, in der Regel der Ehemann ſeiner Verpflichtung dadurch, daß er nach Auflöſung der Ehe und Wegfall ſeines Nießbrauchrechtes der Ehefrau das inferirte nomen in Natur zurückgewährt, als wozu eintretenden Falles auch deſſen Concurs verbunden iſt, wogegen anderenfalls — nämlich nach ſtattgefundener Einhebung oder Veräußerung des nomen — die Ehefrau, dafern ſie zu ſolcher ihre Einwilligung gegeben, den Erlös — entgegengeſetzten Falles aber Erſatz des id quod interest — verlangen kann, beziehentlich bei dem Concurſe des Ehemannes liquidiren muß.

Glück, Erläuterung der Pandecten Bd. XXIV., S. 445. Bd. XXV., S. 35. Bd. XXVII., S. 333.

Weſentlich verſchieden hiervon geſtaltet ſich jedoch das Rechtsverhältniß dann, wenn an der Stelle des inferirten nomen eines Dritten, von welchem zeither die Rede war, eine Schuld des Mannes an die Ehefrau ſelbſt in Frage gelangt, ſei es nun, daß der betreffende Obligationsnexus bei Beginn der Ehe ſchon beſtand, oder daß erſt im Laufe der Ehe, wie hier, das einem Dritten an den Ehemann zuſtändige nomen ceſſionsweiſe auf die Ehefrau übergegangen iſt. Denn das Verwaltungs- und Nießbrauchsrecht, welches, da Receptitien nicht zu vermuthen ſind, im Zweifelsfalle auch alsdann Platz ergreift, gewährt dem Ehemanne von dem Zeitpunkte an, wo die Gläubigerin ſeine Ehefrau oder beziehungsweiſe die Ehefrau ſeine Gläubigerin geworden iſt, von ſelbſt den Vortheil, daß er das Schuldcapital während der Dauer nicht zurückzuzahlen braucht, und ſo weit es ſich um eine verzinsbare Schuld handelt, die Zinſen, anſtatt ſie an die Ehefrau auszuzahlen, innebehalten kann. Je augenſcheinlicher alſo hier das zwiſchen dem Schuldner und der Gläubigerin beſtehende eheliche Verhältniß in mehr als einer Beziehung ſeinen Einfluß äußert und die Ehefrau in eine Lage bringt, die verglichen mit der, welche die

Digitized by Google

Ehefrau einem dritten Schuldner gegenüber einnimmt, augenscheinlich als eine minder günstige bezeichnet werden muß, um so mehr läßt sich mit Grund die Behauptung aufstellen, daß in der mit dem Uebergange der Schuldforderung eines Dritten an den Ehemann auf die Ehefrau der Schuldnexus selbst und das Recht der Forderung wesentlich verändert wird.

Zudem fehlt es auch nicht an Gesetzesstellen,

vergl. l. 12 §. 2, l. 41 §. 2, l. 43 §. 1, l. 77 Dig. de jure dot. (23. 3.)

l. 2 C. de obl. et act. (4. 10.)

welche dieses ausdrücklich bestätigen, und es erscheint nur als eine unabweisbare Folgerung aus den dort aufgestellten Grundsätzen, wenn man annimmt, daß in Fällen der bezeichneten Art mindestens von dem Zeitpunkte an, wo der Ehemann von dem Wechsel in der Person seines Gläubigers Kenntniß erlangt und von seinen ehemännlichen Rechten Gebrauch machen kann, das nomen die Natur einer Geldschuld des Ehemannes an die Ehefrau annimmt, eine Meinung, für welche auch eine Mehrzahl angesehener Rechtslehrer, unter andern

Gottschalk, disc. for. tom. 1 c. 1, pag. 12.

Biener, opuscula academica, quaest. XLII., p. 219.

Hänsel, Bemerkungen und Excurse zu Curtius Handbuch Bd. I., S. 150 fg.

sich anziehen lassen.

Auch bedarf es, um die Ehefrau der privilegia dotis desfalls theilhaftig zu machen, nach der Ansicht des OAG.'s nicht erst eines wirklichen Illationsactes, vielmehr hat man, wie schon vorhin angedeutet wurde, allein schon die Thatsache der Innebehaltung des Schuldcapitals und der Zinsen nach erlangter Kenntniß von dem Wechsel in der Person seines Gläubigers auf Seiten des Ehemannes als hierzu vollständig ausreichend zu erachten, man müßte denn, da die in den Rechtsquellen erwähnte constitutio dotis per acceptilationem

vergl. l. 41 §. 2, l. 43 D. de jure dot.

für antiquirt zu erachten, geradezu verlangen, der Ehemann müsse solchenfalls die schuldige Geldsumme erst aufzählen, um dieselbe hierauf sofort wieder in Natur inferirt zu erhalten; was offenbar, wie Klägerin mehrfach mit Recht erinnert hat, auf einen reinen Formalismus

Digitized by Google

hinauslaufen würde. Viel entsprechender dem ganzen Verhältnisse und also richtiger ist es gewiß, wenn man, auch abgesehen von einem besonderen Illationsacte, die Ehefrau insoweit ohne Weiteres als privilegirte Gläubigerin behandelt, indem man, wie dieses von Biener a. a. O. sehr richtig geschieht, eine solutio et traditio brevi manu fingirt. Eine andere Frage freilich würde immer hierbei noch die sein, ob andere Gläubiger des Ehemannes so schlechterdings auch nöthig haben, es sich gefallen zu lassen, daß in der angegebenen Maße eine an sich chirographarische Schuld des Ehemannes durch deren Ueberweisung an die Ehefrau in eine bevorzugte verwandelt werde und ob dieselben nicht nach Befinden der Umstände hiergegen Widerspruch zu erheben berechtigt seien. Welcher Gestalt man aber auch diese Frage beantworten möge,

vergl. hierüber Hänsel, a. a. O., S. 151.

so könnte doch immer von einer Benachtheiligung anderer Creditoren des Mannes nur dann und insoweit die Rede sein, als zu der Zeit des eingetretenen Wechsels in der Person des Gläubigers der Schuldner nicht mehr zahlungsfähig gewesen wäre. Unter allen Umständen aber müßte, so viel den jetzigen Fall anlangt, zu einem näheren Eingehen auf jene Frage wirklich auch durch einen Widerspruch eines oder mehrerer hierunter betheiligter Chirographarier — dergleichen jedoch nicht vorliegt — ein Anlaß geboten sein.

55.

Ueber den Besitz- und Eigenthumserwerb durch Stellvertreter. — Datio in solutum.*)

A.

II. Sen.-Erk. v. 20. März 1862 no. 48/149.

Als im Wesentlichen unbestritten konnte man die Thatsachen ansehen: daß am 23. November 1857 das damalige Directorium des

*) Von dem Directorium eines Actienvereines waren dem Advocat T. Werthpapiere zur Aufbewahrung übergeben worden, unter gleichzeitigen schriftlichen Erklärungen des Directorii, wie des Adv. T., wonach es den Anschein gewinnen konnte, daß die Hingabe und Annahme zu Gunsten mehrerer Gläubiger des Vereins erfolgt sei. (Der Wortlaut resp. Inhalt dieser Urkunden

Digitized by Google

Actienvereins für den Steinkohlenbauverein zu G. das Original der Urkunde Bl. und 68 Stück Actien der Coburg-Gothaischen Creditgesellschaft à 100 Thlr. nebst Dividendenscheinen an den Adv. T. ausgehändigt und letzterer darüber das Bl. zu lesende Empfangsbekenntniß ausgestellt habe. Auf diesen thatsächlichen Unterlagen beruhen für jetzt die Ansprüche der verw. K. u. Gen. und die Entscheidungen der beiden vorigen Instanzen. In erster Instanz hat man sich bestimmt gefunden, die Eigenthumsansprüche der genannten drei Creditoren, die Sachlegitimation vorausgesetzt, ohne Weiteres anzuerkennen, weil man von der Ansicht ausging, daß T., nach Inhalt seines Empfangsbekenntnisses, bei der Annahme der fraglichen Urkunde und Werthpapiere, so wie bei der letzteren Verwaltung durch Anlage der Dividendenbeträge, die negotia jener Gläubiger gerirt und demzufolge das Eigenthum an diesen Werthpapieren und beziehentlich den für die Dividenden angekauften sächsischen Staatspapieren auf dieselben übergegangen sei. In zweiter Instanz scheint man auch der Ansicht gewesen zu sein, daß T. den Willen gehabt habe, Besitz und Eigenthum an den gedachten Effecten für diese Personen zu ergreifen; denn wenn dies auch Bl. nur in Ansehung der verw. K. speciell ausgesprochen worden ist, welche behauptet hatte, daß T. damals ihr Mandatar gewesen sei, so läßt sich doch nicht bezweifeln, daß letzterer in Bezug auf alle drei in seinem Empfangsbekenntnisse gedachten Interessenten eine gleiche Willensrichtung gehabt habe. Dagegen ist die vorige Instanz insofern zu einer reformatorischen Entscheidung gelangt, als sie die von der I^ma^ gar nicht näher berührte Frage, ob der negoriorum gestor und beziehentlich der Mandatar Besitz und Eigenthum für den dominus negotii und den Mandanten erwerben können, einer eingehenden Prüfung unterworfen und die Meinung aufgestellt hat, daß hierzu bei der negotiorum gestio die Ratihabition des dominus nöthig sei, diese

---

ist unten S. 493 fg. wiedergegeben.) Als darauf zu dem Vermögen des Actienvereins Concurs eröffnet wurde, reclamirte der Curator bonorum die betheiligten Werthpapiere aus T.'s Händen zum Gerichtsdepositum und es entstanden nun zwischen dem Curator und jenen Gläubigern Controversen über die im Rubrum angegebenen Rechtsverhältnisse. Die Entscheidung des Civilsenats (Rationen oben sub A.) ward auf das allein zulässige Rechtsmittel einer der Gläubigerinnen vom Leuterungssenat (Rationen sub B.) bestätigt.

Digitized by Google

aber im vorliegenden Falle noch vor der Concurseröffnung hätte erfolgen müssen, während der Mandatar, bei genügend erscheinender Vollmacht, ohne Weiteres und selbst ohne Vorwissen des Mandanten Besitz und Eigenthum für den Mandanten erwerben könne, wenn nur auch seinerseits dieser Wille vorhanden gewesen sei.

In dieser Beziehung ist nun folgendes zu bemerken. Zunächst ist demjenigen, was über die gemeinrechtlichen Grundsätze von dem Erwerbe des Besitzes und Eigenthums durch freie Stellvertreter ausgeführt worden ist, im Allgemeinen beizupflichten. Der Besitz und das Eigenthum können durch solche Stellvertreter erworben werden, es ist aber dazu der Regel nach außer dem Factum der Apprehension durch den Repräsentanten nicht blos der Wille des letzteren für den Vertretenen zu erwerben, sondern auch der eigene Wille des Vertretenen, der entweder schon zum Voraus durch Befehl oder Auftrag oder nachher durch Ratihabition erklärt werden kann, erforderlich da, wenn keines von beiden geschehen ist, die Regel ignoranti non adquiritur possessio, eintreten würde.

vergl. l. 5. D. de acquir. vel amitt. poss. (41. 2.)
l. 41. D. de usurp. et usuc. (41. 3.)
l. 13. D. de adquir. dom. (41. 1.)
l. 24. §. 5 D. de negot. gest. (3. 5.)
Paulus, receptae sent. lib. V. tit. 2. §. 2.
Savigny, Recht des Besitzes, §. 26, S. 360 fg.
Vangerow, Lehrbuch der Pandecten, §. 205. I. 228.
Keller, Pandecten, § 121f S. 228 fg.
Chambon, die negotiorum gestio, §. 19. S. 162 fg.

Man würde das Rescript des Kaiser Sever, l. 1. Cod. de acquir. et ret. possessione mißverstehen, wollte man in dessen an sich etwas allgemeiner lautenden Worten: per liberam personam ignoranti quoque possessionem adquiri etc. jam pridem receptum est, — den Ausspruch finden, daß bei einer Besitzerwerbung durch freie Personen auf den Willen des Vertretenen gar nichts ankomme. Vielmehr enthält dieses Rescript nur eine Billigung des schon früher angenommenen Satzes, daß abweichend von der strengen Regel des älteren Rechtes per extraneam personam adquiri non

Digitized by Google

posse, ein Erwerb des Besitzes durch Stellvertreter allerdings möglich sei, wenn nämlich, wie dies in den oben angeführten Gesetzstellen ausgedrückt und consequent dem Grundsatze, daß der Besitz animo et corpore ergriffen werden muß, auch nothwendig ist, der Wille des Repräsentanten und der übereinstimmende Wille des Vertretenen vorhanden sind. Deshalb ist auch in dem Rescripte Severs und in §. 5. J. per quas personas etc. 2. 9. bei den Worten per liberam personam veluti per procuratorem non solum scientibus sed et ignorantibus nobis adquiri possessionem secundum divi Severi constitutionem — unter der ignorantia nur die Unkenntniß von dem speciellen Acte der stattgehabten Besitzergreifung selbst, nicht der gänzliche Mangel des Willens zu besitzen auf Seiten des Vertretenen, zu verstehen.

Diese Regeln leiden nun zwar insofern eine Ausnahme, als bei der Tradition nicht sowohl der Wille des Stellvertreters als der Wille des Tradenten dergestalt maßgebend ist, daß nur diejenige Person, welcher der Tradent Besitz und Eigenthum bestimmt, beides erwerben kann.

l. 13. D. de donat. 39. 5.
Savigny, l. c. S. 353.
Keller, l. c. S. 229.
Vangerow, l. c. S. 428.
Chambon, l. c. S. 167.

Wenn es aber auch in diesem Falle zunächst auf den Willen des Tradenten ankommt, so muß doch der Wille dessen, auf welchen der letztere Besitz und Eigenthum zu übertragen beabsichtigt, deshalb noch hinzutreten, weil niemand durch einseitige Erklärungen und Handlungen in die Rechts- und Vermögenssphäre des andern eingreifen darf. So lange dieser letztere Wille noch nicht existirt, ist in der Tradition nur eine bedingte Aufgabe des Besitzes und Eigenthums zum Besten einer dritten Person enthalten.

Chambon, l. c.
Kierulf, Theorie des gemeinen Civilrechts, S. 392.

Der vorliegende Fall ist ein Fall der Tradition, denn das Directorium des Vereines hat dem Advocat T. die streitigen

Digitized by Google

Creditpapiere übergeben. Es kommt also nach den bisher entwickelten Grundsätzen vor Allem darauf an, ob das Directorium jene Papiere dem genannten T. in der Absicht und zu dem Zwecke übergeben habe, daß dieselben durch die Tradition in den Besitz und das Eigenthum der obgenannten Gläubiger an Zahlungsstatt übergehen sollten, und dann, ob solchenfalls die letzteren den Willen, Besitz und Eigenthum zu ergreifen, rechtzeitig erklärt haben, während der eigene Wille T.'s, den Besitz für diese Gläubiger zu ergreifen, seine hauptsächliche Bedeutung in Bezug auf die sehr nahe liegende Frage gewinnt, ob die behauptete datio insolutum überhaupt zwischen dem Stellvertreter des Gläubigers und dem Schuldner als ein vollendetes Rechtsgeschäft zu Stande gekommen sei.

In voriger Instanz hat man in Bezug auf die Rechtzeitigkeit der Willenserklärung der Creditoren, der Eröffnung des formellen Concurses ein entscheidendes Gewicht beigelegt; man hat angenommen, daß nur in dem Falle, wenn diese Erklärung noch vor der Concurseröffnung erfolgt sei, ihr Anspruch auf das Eigenthum an den streitigen Creditpapieren von der Concursgläubigerschaft anzuerkennen sei. Hierin ist das OAG. anderer Meinung. Durch die Eröffnung des formellen Concurses gehen die übertragbaren Vermögensrechte des Schuldners auf die Gläubigerschaft behufs ihrer Befriedigung über.

Hat man auch, wie von

Günther, Concurs der Gläubiger S. 34 fg.

gezeigt worden ist, diese Succession im Wesentlichen als ein successio singularis zu behandeln, so ist doch als Regel zu beobachten, daß die Gläubiger nicht mehr an Rechten und Vermögen erwerben, als der Schuldner selbst beim Ausbruche des formellen Concurses besessen hat, und daß Rechtsverhältnisse, welche bereits vor der Concurseröffnung bestanden, durch diesen nicht aufgehoben werden. Gesetzt nun die behauptete Hingabe der streitigen Creditpapiere an Zahlungsstatt wäre von dem Directorium des Actienvereines an den Advocat T. als negotiorum gestor der betreffenden Gläubiger definitiv erklärt und ausgeführt und von diesem in der ebenbemerkten Eigenschaft angenommen worden, so würde — abgesehen hier von andern Gründen, welche sich vielleicht gegen die Rechtsbeständigkeit dieses Vertrags geltend machen ließen, und deren von dem Gütervertreter auch mehrere

Digitized by Google

geltend gemacht worden sind — zwar nach den oben entwickelten Grundsätzen über den Besitz- und Eigenthumserwerb durch Stellvertreter, nicht anzunehmen sei, daß der Besitz und das Eigenthum der an Zahlungsstatt an den gestor ausgehändigten Creditpapiere ohne vorherige Ratihabition der domini negotiorum auf die letzteren übergegangen sei; allein nichts destoweniger würde durch die zwischen dem Actienverein als Schuldner und dem negotiorum gestor zu Stande gekommene und von dem ersteren zugleich auch erfüllte Uebereinkunft immerhin auch in Bezug auf den Geschäftsherrn insofern bereits ein bestimmtes Rechtsverhältniß herbeigeführt worden sein, daß es dem Schuldner nicht mehr frei gestanden hätte, diese Uebereinkunft und dasjenige, was er zu deren Erfüllung bereits gethan, einseitig und willkürlich zu widerrufen.

Diese Ansicht findet ihre wesentliche Unterstützung in der

l. 24. D. de negotiis gest. (3. 5.)

si ego hac mente pecuniam procuratori dem, ut ea ipsa creditoris fieret, proprietas quidem per procuratorem non adquiritur, potest tamen creditor, etiam invito me, ratum habendo, pecuniam suam facere, quia procurator in accipiendo creditoris duntaxat negotium gessit, et ideo creditoris ratihabitione liberor.

In dieser Stelle, welche auf der Voraussetzung beruht, daß der Procurator nicht mit dem speciellen Auftrage, Schulden einzucassiren, versehen gewesen sei und eben deshalb bei dem Empfange der Zahlung nur als negotiorum gestor gehandelt habe, wird ein dem vorliegenden insofern ganz ähnlicher Fall behandelt, als dort die Zahlung einer Schuld in baarem Gelde erfolgt war, hier dagegen eine (abschlägliche) Zahlung vermöge einer datio in solutum erfolgt sein soll, der Unterschied sich also nur auf die als Zahlungsmittel verwendete Sache bezieht. Es läßt sich auch gegen diese Ansicht nicht einwenden, daß sich nach derselben die an Zahlungsstatt übergebenen Papiere bis zu dem Eintritt der Ratihabition, für welche eine bestimmte Frist an sich nicht festgesetzt worden ist, in Niemandes Besitze befinden würden; der factische Besitz besteht unleugbar in der Person des negotiorum gestor, welcher Zahlungsmittel in der Absicht, dieselben dem Willen des Tradenten entsprechend, für den dominus zu erwerben, an sich

Digitized by Google

genommen hat; die gänzliche Aufgabe des Besitzes und des Eigenthums ist aber, wie schon oben bemerkt, auf Seiten des Tradenten eine bedingte, deren endgültige und unbedingte Wirksamkeit von der Ratihabition des Gläubigers abhängt. Tritt letztere nicht ein, so ist der Schuldner zwar von der Schuld nicht liberirt, aber auch berechtigt, den factischen Besitz der an den negotiorum gestor übergebenen Zahlungsmittel zurückzuverlangen. Nur kann dies nicht invito creditore, also erst dann geschehen, wenn der Letztere seine Ratihabition versagt hat.

Hätte mithin, wenn die behauptete Hingabe an Zahlungsstatt in der That zwischen dem Directorium des Actienvereins und dem Advocat T. als negotiorum gestor der Gläubiger stattgefunden haben sollte, der Verein selbst die als Zahlungsmittel verwendeten Creditpapiere nicht willkürlich zurückfordern und von der auf diese Weise bedingt geleisteten Zahlung zurücktreten können, so wird auch nach eröffnetem Concurse die Gläubigerschaft ein solches Recht des einseitigen Widerrufs nicht geltend machen dürfen, und sich Seiten der Gläubiger, für welche die Zahlung geleistet worden, dieselbe Ausflucht gefallen lassen müssen, welche dem Gemeinschuldner entgegengestanden hätte, daß nämlich der einseitige Widerruf des einmal mit dem negotiorum gestor abgeschlossenen Rechtsgeschäftes und die Zurückforderung des vor der Concurseröffnung thatsächlich Weggegebenen dem Schuldner nicht invito creditore zustehe.

Ergiebt sich hieraus einerseits, daß der Beweis einer mehr oder minder vollständigen Bevollmächtigung des Adv. T. Seiten der verw. K. entbehrlich sein würde, falls nur auf Seiten des Directorium eine Hingabe an Zahlungsstatt an den Adv. T. als negotiorum gestor der Gläubiger wirklich erfolgt wäre; so ist doch andererseits und zwar unter allen Umständen die schon oben berührte Frage von entscheidender Bedeutung, ob nach dem, was hinsichtlich der Uebergabe der streitigen Creditpapiere als actenkundige Unterlage für die Entscheidung benutzbar ist, in dieser Uebergabe eine, mit dem negotiorum gestor oder beziehentlich Mandatar der Gläubiger vereinbarte datio in solutum vorliege? Und diese Frage hat man verneinen zu müssen geglaubt.

Digitized by Google

Von keiner Seite her sind thatsächliche Angaben erstattet worden, welche sich auf mündliche, vor oder nach der Tradition über die causa der letzteren zwischen den Vereinsdirectoren einer- und den Gläubigern oder deren Repräsentanten andererseits gepflogenen Verabredungen bezögen; die betreffenden Gläubiger fußen in ihren Eingaben und beziehentlich Liquidationssätzen auf die Thatsache der Aushändigung und den Inhalt der Uebereignungsurkunde sowie des T.'schen Empfangsscheines, und was der Gütervertreter außerdem noch über die eigentlichen Motiven und Absichten des Directoriums bei der Uebergabe unter Bezugnahme auf verschiedene, nur zum Theil liquide Vorgänge anführt, bewegt sich meist nur in Vermuthungen und Voraussetzungen.

Der Wille des Directoriums als Tradenten ist augenscheinlich von der meisten Bedeutung, weil derselbe den Willen des Empfängers insofern beherrschen würde, daß die einseitige Willensrichtung des letzteren das von dem ersteren beabsichtigte Rechtsgeschäft nicht zu einem anderen, von dem Tradenten nicht gewollten Rechtsgeschäfte hätte umgestalten können.

Für den muthmaßlichen Willen des Directoriums läßt sich zunächst der Inhalt der Uebereignungsurkunde anführen. In dieser ist allerdings das Bekenntniß, daß den obengenannten Personen gekündigte und fällige Darlehnsforderungen an den Verein zustehen, und die Erklärung enthalten, daß das Directorium diesen Gläubigern „hierdurch" an Zahlungsstatt eine gewisse Anzahl von Actien der Coburg-Gothaischen Creditgesellschaft sammt Zubehör in Abschlag auf deren Forderungen „übereigne".

Die vorige Instanz legt ein Gewicht auf den Gebrauch des Wortes „hierdurch" und es läßt sich zugeben, daß auf diese Weise der Wille der Aussteller jener Urkunde, den in derselben bezeichneten Gläubigern eine Zahlung durch Ueberlassung von Courspapieren zu gewähren, als ein endgültiger, der durch die Urkunde seinen Ausdruck erhalten sollte, characterisirt werde. Allein der Wille, der nicht mündlich, sondern schriftlich ausgesprochen werden soll, erhält seine bindende Kraft erst dadurch, daß diese Urkunde dem Berechtigten oder dessen Stellvertreter anstatt einer mündlichen Erklärung ausgehändigt wird, so lange dies nicht geschehen, ist nur ein Entschluß, ein Wollen,

Digitized by Google

aber noch keine verbindliche Willenserklärung vorhanden. Ueber die Aushändigung, welche hier die Stelle der mündlichen Willenserklärung vertreten muß, giebt nur das Empfangsbekenntniß T.'s Aufschluß. In diesem ist nicht gesagt, daß der letztere die fraglichen 68 Stück Coburger Creditactien an Zahlungsstatt für die in der Uebereignungsurkunde bezeichneten Gläubiger übergeben erhalten und daß er sie in dieser Eigenschaft einer Abschlagszahlung für die Gläubiger angenommen habe, sondern es bekennt derselbe nur, daß ihm diese Papiere von dem Directorium des Actienvereins für das Steinkohlenwerk zu Gittersee mit dem Auftrage, dieselben nach den Bestimmungen der ihm gleichzeitig übergebenen Uebereignungsurkunde im Namen und für Rechnung der in der letzteren benannten drei Gläubiger zu asserviren und bis auf Weiteres die Dividenden jener Actien zu erheben und so weit thunlich nutzbar anzulegen, übergeben worden seien. Der Empfänger hat sich also sowohl hinsichtlich der Asservation, als hinsichtlich der Verwaltung der ihm übergebenen Creditpapiere als einen Mandatar des Directoriums bezeichnet, denn auf einen andern, als einen von diesem ihm ertheilten Auftrag kann dem ganzen Zusammenhange nach das Empfangsbekenntniß nicht bezogen werden.

Es ist hiergegen, namentlich von einer Seite her eingewendet worden, daß der Auftrag des Directoriums sich auf ein Mandat zur negotiorum gestio für die im Empfangsbekenntnisse und der Uebereignungsurkunde bezeichneten Gläubiger beschränke, die Hingabe an Zahlungsstatt selbst aber zwischen dem auf diese Weise eingetretenen Gestor und dem Mandanten abgeschlossen worden sei; daß somit zwar das Mandat zur negotiorum gestio widerrufen, das vor den Widerruf vom Gestor bereits abgeschlossene Geschäft aber durch einseitigen Widerruf nicht habe zurückgenommen werden können. Es ist nun bereits oben erwähnt worden, daß wenn das Directorium mit dem Adv. T. als negotiorum gestor der Gläubiger eine Hingabe an Zahlungsstatt definitiv vereinbart und abgeschlossen hätte, diese Vereinbarung auch nach der Eröffnung des formellen Concurses nicht ohne Weiteres hätte revocirt werden können; in Bezug auf die gegenwärtig zu besprechende Hauptfrage aber, ob eine solche Hingabe an Zahlungsstatt definitiv erfolgt sei, kann der so eben referirte Einwand nicht für erheblich erachtet werden.

Digitized by Google

Es ist richtig und wird an mehreren Stellen des römischen Rechtes ausdrücklich gesagt, daß ein Mandat zur Besorgung der Geschäfte eines Dritten stattfinden kann; unterzieht sich der Mandatar dieser Geschäftsbesorgung, so tritt zwischen ihm und demjenigen, dessen Geschäfte er besorgt hat, das Rechtsverhältniß der negotiorum gestio ein, während der dominus negotii gegen den Mandanten nach Umständen entweder mit der Mandats- oder mit der Geschäftsführungsklage vorgehen kann; eben so wenig würde man zu bezweifeln haben, daß das Mandat zur Geschäftsbesorgung nur insoweit, als noch res integra vorhanden ist, revocirt werden dürfe.

vergl. l. 28. D. de neg. gest. (3. 5.)
l. 3. §. 11. l. 4. l. 21. §. 3. D. ib.
l. 53. §. 17. D. mand. (17. 1.)
l. 14. C. de neg. gest. (2. 19.)
Thibaut, System ꝛc. §. 558. ed. 9.
Vangerow, Lehrbuch der Pandecten §. 664, III. 520.
Keller, Pandecten, §. 318, S. 598.

Indessen wird sich ein Mandat zur Besorgung der Geschäfte eines Dritten immer nur in solchen Fällen statuiren lassen, wo es sich um die mit anderen Personen als dem Mandanten selbst künftig abzuschließenden Geschäfte handelt. Will aber jemand selbst ein Rechtsgeschäft mit einem Andern abschließen, dessen persönliche Concurrenz augenblicklich nicht zu erlangen ist, so kann er sich nicht dadurch, daß er eine dritte Person beauftragt, dieses Geschäft als negotiorum gestor seines Mitcontrahenten mit ihm abzuschließen, einen Stellvertreter des letzteren bei diesem Vertrage verschaffen. Man könnte nur sagen, daß in diesem Falle die in dem Mandate liegende äußere Veranlassung die Geschäfte eines Andern zu besorgen, zu einer negotiorum gestio geführt habe, wenn der Dritte in Folge dieser Veranlassung, und nicht schon aus andern Gründen, den eigenen und selbstständigen Entschluß, als negotiorum gestor des Abwesenden einzutreten und in dieser Eigenschaft das proponirte Rechtsgeschäft abzuschließen, gefaßt und zu erkennen gegeben hätte; alsdann ist aber auch keine Concurrenz der negotiorum gestio mit einem, von besonderen Rechtswirkungen begleiteten Mandatsvertrage anzunehmen, weil alles nur von dem eigenen, direct auf die Geschäftsbesorgung gerichteten Willen

Digitized by Google

des Gestor abhängt und bei diesem das vermeintliche Mandat lediglich als ein für die Erzeugung dieses Willens mitwirkender Umstand, aber nicht als ein Grund für die Entstehung eines zweiten Rechtsverhältnisses in Betracht kommen würde.

Konnte schon in dieser Erwägung der in T.'s Empfangschein erwähnte Auftrag nicht als ein solcher angesehen werden, welcher sich auf die Uebernahme einer negotiorum gestio für die betreffenden drei Gläubiger zum Behufe der Realisirung einer Hingabe an Zahlungsstatt bezieht, so tritt auch noch der Umstand hinzu, daß dieser Empfangschein von einem Auftrage solcher Art seinem Wortlaute zufolge nichts enthält; es ist darin nicht gesagt, daß das Directorium des Vereins den Empfänger aufgefordert habe, im Namen und für Rechnung der gedachten Gläubiger ein Rechtsgeschäft mit ihm zu vollziehen, es ist eben so wenig gesagt, daß der Empfänger einen Auftrag zu diesem Zwecke übernommen und daß er demzufolge als Stellvertreter jener Gläubiger die Uebereignungsurkunde sammt den streitigen Creditpapieren zur freien Verfügung darüber im Interesse der Gläubiger übergeben erhalten und angenommen habe; sondern es heißt darin nur, daß er beides mit dem Auftrage, die ihm übergebenen Creditpapiere zu asserviren und bis auf Weiteres die Dividenden zu erheben und nutzbar anzulegen, in Empfang genommen habe.

Nur der Beisatz, diese Werthpapiere „nach den Bestimmungen der Uebereignungsurkunde im Namen und für Rechnung der in der letzteren benannten drei Gläubiger" (sc. zu asserviren ꝛc.) — hat zu der Ansicht Veranlassung gegeben, daß die Direction des Vereines den Willen, die streitigen Werthpapiere dem Adv. T. definitiv für die gedachten Gläubiger zu übergeben und daß auch T. seinerseits die Absicht gehabt, dieselben, sei es als negotiorum gestor, oder beziehentlich als Mandatar jener Gläubiger anzunehmen. Diese Auffassung hat auch einiges für sich, allein bei näherer Betrachtung stehen derselben nach der Meinung der gegenwärtigen Instanz folgende Umstände entgegen.

a) das Empfangsbekenntniß erwähnt ausdrücklich eines Auftrags, welcher dem Empfänger von dem Directorium ertheilt worden sei. Es läßt sich nicht voraussetzen, daß dieser Ausdruck ohne Absicht und in einem andern als seinen gewöhnlichen und allgemein bekannten

Digitized by Google

Sinne angewendet, es muß vielmehr und dies bestätigt auch der Zusammenhang, in welcher derselbe gebraucht worden ist, davon ausgegangen werden, daß ein Auftrag des Directoriums der Grund gewesen, weshalb die streitigen Papiere dem Adv. T. ausgehändigt worden sind.

b) Dieser Auftrag ging aber, wie bemerkt, nicht dahin, daß der Adv. T. als Stellvertreter der betreffenden Gläubiger eine Hingabe der streitigen Papiere an Zahlungsstatt auf die Forderungen dieser Creditoren mit dem Directorium des Vereins verhandeln und ausführen solle; es hätte ja auch in diesem Falle der Abschluß dieses Rechtsgeschäftes zwischen dem Gestor und dem Directorium zu dem Mandate noch besonders hinzutreten müssen.

c) Wenn es in der Absicht des Directoriums gelegen hätte, durch die Aushändigung der Uebereignungsurkunde und der darin gedachten Creditactien die Hingabe der letzteren an Zahlungsstatt mit dem Adv. T., als Repräsentanten der Gläubiger, denen diese Zahlung zugedacht worden war, zum endgültigen Abschluß zu bringen, so hätte dies viel einfacher und natürlicher durch eine diese Absicht unumwunden aussprechende Erklärung, als durch die Ertheilung eines Auftrags zur Asservation im Namen und für Rechnung der Gläubiger geschehen mögen, welche bei ihrer Unbestimmtheit wenigstens im Zweifel nicht als identisch mit einer Erklärung des Inhaltes, daß der Empfänger die ihm ausgehändigten Effecten als Eigenthum dritter Personen an sich nehmen und in dieser Eigenschaft einstweilen aufbewahren sollte, betrachtet werden kann. Es kommt hinzu, daß, wenn das Directorium sich der fraglichen Werthpapiere durch Uebergabe der letzteren sammt der Uebereignungsurkunde an T.'n dergestalt endgültig hätte entäußern wollen, daß es beziehungsweise nur noch der Ratihabition bedurft hätte, um Besitz und Eigenthum an den gedachten Papieren auf die betreffenden Gläubiger zu übertragen, das Directorium auch keinen aus den Acten ersichtlichen Grund gehabt hätte, in Bezug auf die weitere Gebahrung mit diesen Creditpapieren irgend welche Bestimmung zu treffen, im Gegentheile würde der Vorbehalt weiterer Verfügungen über die verwendeten Zahlungsmittel dem vollendeten Willen einer Zahlung entgegenstehen.

Digitized by Google

Gleichwohl sind

d) T.'n die bezüglichen Papiere mit dem Auftrage übergeben worden, die Dividenden davon bis auf Weiteres zu erheben und soweit thunlich nutzbar anzulegen.

Der hierin augenscheinlich liegende Vorbehalt einer anderen Anordnung in Bezug auf die T.'n übertragene Administration kann, da das Empfangsbekenntniß T.'n nur als einen Beauftragten des Directoriums bezeichnet, auch nur auf dieses bezogen werden. Zu einem derartigen Vorbehalt, welcher zwar dem Wortlaute nach lediglich die Verwendung der Dividenden betrifft, bei dem Zusammenhange der letzteren aber mit der durch die Papiere repräsentirten Capitalforderung auch die Verfügung über die letztern selbst mittelbar berührt, hätte sich das Directorium nicht veranlaßt finden und für berechtigt erachten können, wenn es seinerseits schon damals eine definitive Entäußerung der letzteren an die betreffenden Gläubiger auszuführen, und nicht blos die künftige Ausführung eines gefaßten Planes vorzubereiten beabsichtigt hätte; daß aber der Inhalt der Uebereignungsurkunde den Ausschlag nicht zu geben vermag, wenn nicht feststeht, mit welcher Absicht dieselbe an T.'n ausgehändigt worden sei, ist schon oben bemerklich gemacht worden. Aber auch

e) rücksichtlich T.'s läßt sich aus dem Empfangsbekenntnisse nicht mit Sicherheit entnehmen, ob derselbe als negotiorum gestor oder beziehentlich Mandatar der betreffenden Creditoren auftreten und ob er die ihm überlieferte Urkunde und die ihm mit dieser Urkunde zugleich ausgehändigten 68 Stück Actien an Zahlungsstatt für diese Gläubiger habe annehmen wollen. Eine hierauf ausdrücklich gerichtete Erklärung ist in jener Schrift nicht enthalten, welche sich ihrem Inhalte und Zwecke nach lediglich als eine dem Directorium ausgestellte und diesem überlieferte Quittung betrachten läßt und präsumtiv nicht den Zweck haben konnte, ein zwischen dem letzteren und dem Adv. T. als Stellvertreter dritter Personen, celebrirtes und zum Abschlusse gediehenes Rechtsgeschäft zu bezeugen. Es ist in dieser Hinsicht nicht mit Ungrund vom Gütervertreter darauf hingewiesen worden, daß, wenn eine Zahlung in Creditpapieren, welche einem wechselnden Course unterworfen sind, geleistet werden soll, eine übereinstimmende Willenserklärung beider Theile über die Annahme dieser

Digitized by Google

Zahlung und den Cours, nach welchem sie erfolgen solle, erforderlich ist und sich daher nicht so ohne Weiteres voraussetzen läßt, daß sich T. bei der Annahme des ihm von dem Directorium ertheilten Auftrags nicht sowohl als Mandatar des letzteren, sondern als Stellvertreter der betreffenden Gläubiger habe geriren und mit der in der Uebereignungsurkunde gedachten Hingabe an Zahlungsstatt im Namen der letzteren einverstanden bezeigen wollen. Auch sollte man glauben, daß, wenn T. sich nicht blos als Mandatar des Directoriums, sondern als Repräsentant jener Gläubiger betrachtet hätte, er eine diesen als Beweismittel dienende Urkunde verlangt, und sich nicht darauf beschränkt haben würde, dem Directorium einen Empfangschein über das, was er mit einem Auftrage des letzteren erhalten, auszufertigen.

Aus diesen Gründen sind nach der Ansicht des OAG.'s die zur Zeit dargebotenen factischen Unterlagen nicht geeignet, die Bewandtniß, welche es mit der Ausstellung der Uebereignungsurkunde und deren so wie der 68 Stück Coburger Creditactien Aushändigung an den Adv. T. gehabt, den Zweck zu welchem dieselbe erfolgt ist und die Stellung, welche T. dem Directorium gegenüber eingenommen hat, aufzuklären und mit Sicherheit beurtheilen lassen.

B.

III. Sen.-Erk. v. 22. Novbr. 1862 no. 49/51.

Den erschöpfenden Rationen der vorigen Instanz, durch welche nachgewiesen worden ist, daß Inhalts des nurerwähnten Empfangsbekenntnisses Adv. T. die fraglichen Papiere und Actien nicht als Mandatar oder Geschäftsführer der drei Gläubiger, sondern lediglich im Auftrage des Directorii in Verwahrung genommen habe und namentlich dieser Auffassung der Beisatz, daß die Werthspapiere nach den Bestimmungen der Uebereignungsurkunde im Namen und für Rechnung der Gläubiger zu asserviren seien, nicht entgegenstehe, ist allenthalben beizupflichten. Indem man sich auf die gedachten Rationen bezieht, bemerkt man zu Widerlegung des Vorgebrachten Folgendes.

Der Umstand, daß Adv. T. zur Zeit der Ausstellung des Empfangsbekenntnisses vom 23. November 1857 von der Appellantin als ihr Generalbevollmächtigter bestellt worden ist, erscheint einflußlos, weil

Digitized by Google

aus dem Bekenntnisse des Adv. T. nicht erhellt, daß er im Namen der Appellantin mit dem Directorium contrahirt habe. Denn die K. würde aus dem von ihrem Mandatar mit dem Directorium abgeschlossenen Vertrage nur dann ein Recht auf Erfüllung des Contracts haben erwerben können, wenn der Adv. T. in ihrem Namen und Auftrage, oder wenigstens unter Umständen, bei welchem dem Directorium nicht unbekannt sein konnte, daß derselbe nicht für sich, sondern als Mandatar oder Geschäftsführer der Appellantin auftrete, contrahirt hat, indem außerdem der Auftrag gar nicht realisirt worden ist, da es an jeder zur äußeren Erscheinung gelangten Thatsache, durch welche die Vermittelung eines Obligationsnexus zwischen dem Mandanten und der dritten Person erkennbar ist, fehlen, mithin nicht das mandirte, sondern ein anderes Rechtsgeschäft abgeschlossen worden sein würde.

Nach dem Wortlaute des Empfangsbekenntnisses ist nun aber das Rechtsgeschäft, welches zwischen dem Advocat T. und dem Directorium zu Stande gekommen ist, als ein Verwahrungsvertrag (depositum) anzusehen, vermöge dessen Ersterem die Verpflichtung obliegt, die ihm zur Verwahrung überlieferten Effecten dem Directorium, als Deponenten, zurückzugeben, indem in dem Beisatze, daß die Papiere im Namen und für Rechnung der Gläubiger asservirt werden sollen, nicht ohne Weiteres die Anweisung des Directorii an den Adv. T., daß er die Effecten an die Gläubiger ausantworten möge, gefunden werden kann. Es steht daher im Zweifel nur dem Directorium ein Klagrecht aus dem Vertrage zu, indem die actio depositi directa utilis von einem Dritten nur dann angestellt werden kann, wenn der Deponent bei der Hinterlegung die ausdrückliche Bedingung gestellt hat, daß die deponirte Sache dem Dritten restituirt werde,

l. 8. C. ad exhibendum (3. 42.) verbis. quodsi pactus sit, ut tibi restituantur etc.

oder von dem Dritten dem Deponenten der Auftrag gegeben worden ist, seine Sache einem Andern in Verwahrung zu geben.

Glück, Commentar, Th. XV., S. 219 fg.

Wollte man aber selbst annehmen, daß aus der Uebergabe der Uebereignungsurkunde sammt Actien Seiten des Directorii an den Adv. T. und dem Inhalte des von dem Letzteren ausgestellten Em-

Digitized by Google

pfangsscheines in Verbindung mit dem Umstande, daß der Adv. T. schon damals von der Appellantin mit Vollmacht versehen worden sein soll, eine nicht unerhebliche Vermuthung entstehe, daß zwischen dem genannten Stellvertreter der Appellantin und dem Directorium ein Vertrag, nach welchem die Creditactien der Appellantin, als Gläubigerin des Actienvereins, an Zahlungsstatt überlassen worden, zu Stande gekommen sei, so würde diese bloße factische Vermuthung zu einer Verurtheilung, oder zu Auflegung eines Legaleides nicht ausreichen. Ebensowenig kann auf Beweis erkannt werden, da sich die Appellantin auf mündliche Erklärungen der Betheiligten oder sonstige Thatsachen, aus denen erhellt, daß eine datio in solutum definitiv zum Abschlusse gekommen sei, nicht bezogen hat. Es kann sich daher die Appellantin nicht für beschwert erachten, wenn sie in Betreff des erhobenen Vindicationsanspruchs zu Anstellung ordentlicher Klage verwiesen worden ist.

56.

Der s. g. Turbativact kann beim Ersitzungsbeweise nicht als Besitzact benutzt werden.

II. Sen.-Erk. v. 14. Aug. 1862 no. 483/485.*)

Die Parteien sind darüber einverstanden, daß am 21. April 1859 Beklagter mehrere Fuder Erde beziehentlich Dünger über die in Rede stehenden Grundstücke Klägers gefahren, auch sich davon nicht hat abbringen lassen, obwohl ihm Kläger an Ort und Stelle die Ueberfahrt ausdrücklich untersagt und ihn mit Pfändung bedroht hat.

Daß Beklagter das beanspruchte Befugniß bei dieser Gelegenheit wirklich ausgeübt habe, ist hiernach nicht zu bezweifeln, gleichwohl die Wirksamkeit dieses Actes für den beabsichtigten Verjährungserwerb nach der Ansicht des OAG.'s nicht anzuerkennen. Im Allgemeinen ist zwar zuzugeben, daß ein bloßer außergerichtlicher Widerspruch die Verjährung nicht unterbreche, in besonderer Beziehung auf Dienstbarkeitsrechte aber, da bei diesen ein fehlerfreier Quasibesitz in den Gesetzen ausdrücklich gefordert wird,

l. 10 D. si serv. vind. (8. 5.)

*) Bestätigt unter Beitritt zu den Gründen der III^ta von der IV^ta. (III. Sen.-Erk. v. 14. Febr. 1863 no. 70/71 v. 1862.)

Digitized by Google

l. 1 §. 23 D. de aqua et aqu. pluv. arc. (39. 3.)

l. 1, 2 C. de servitut. (III. 34.)

Unterholzner, Verjährungslehre II. Theil §. 215, S. 188 fg.

die Wirksamkeit eines derartigen Widerspruches wenigstens insoweit nicht in Abrede zu stellen, als dadurch der Besitz des Verjährenden zu einem gewaltsamen wird, was nicht blos bei thatsächlicher erfolgreicher Verhinderung oder förmlicher Dejection, sondern auch dann der Fall ist, wenn der Gegner seinen Widerspruch gegen den Besitzact unmittelbar bei dessen Vornahme dem Besitzenden gegenüber so bestimmt erklärt, daß dieser über die Absicht des Widersprechenden, die Besitzausübung zu verhindern nicht im Zweifel bleiben kann.

l. 1 §. 5—8, l. 20 §. 1 D. quod vi aut clam. (43. 29.)

l. 73 §. 1 D. de reg. jur. (50. 17.)

Diese zunächst die longi temporis possessio des Römischen Rechts angehenden Grundsätze sind durch kein Gesetz für die verlängerte Verjährung des sächsischen Rechtes aufgehoben oder abgeändert, vielmehr wird im Anhange der Erl. Pr.-O. §. 19 sogar rücksichtlich des zum possessorium summarium erforderlichen jüngsten Besitzes so weit specielle Acte desselben nachzuweisen sind, der Nachweis ruhiger Besitzhandlungen verlangt. In der Praxis der sächsischen Gerichte ist die Wirkung einer blos außergerichtlichen Verwahrung beziehentlich Interpellation gegen den Verjährenden vornehmlich in Beziehung auf die Extinctivverjährung der Klagen bestritten gewesen,

Gottschalk, disc. for. tom. II. cap. 35, p. 423 sq.

während der Einfluß einer außergerichtlichen blos verbalen Verhinderung in dem vorerwähnten Sinne auf die Acquisitivverjährung von Servituten und anderen Rechten nicht an sich oder überhaupt verneint, sondern nur insoweit verschieden beurtheilt worden ist, als man im Anschlusse an das römische Recht

Unterholzner, a. a. O. II. Theil §. 215, S. 188 fg.

theils eine eigentliche Usurpation der Verjährung darin erblickt, theils blos den betreffenden Act als einen solchen betrachtet hat, der in die Verjährungszeit nicht mit eingerechnet werden dürfe, unbeschadet des Laufes der Verjährung bei fernerer ruhiger Besitzausübung.

Langenn und Kori, pract. Erört. Th. II. Nr. 10, S. 102 fg.

Digitized by Google

In dem vorliegenden Falle ist diese Streitfrage einflußlos; der Widerspruch Klägers stellt sich als ein solcher, durch welchen der vom Beklagten mit Nichtachtung desselben vorgenommene Besitzact ein gewaltsamer geworden ist, um so gewisser dar, als Kläger sich bei dem Gebahren des Beklagten nicht beruhigt hat, vielmehr, wie das Präsentat des am 30. April 1859 dem Prozeßgerichte überreichten Libells ergiebt, in der den Umständen nach kürzesten Frist zur Klaganstellung verschritten ist und hierbei speciell den fraglichen Act als Turbativact geltend gemacht hat. Als ein ruhiger Besitzact kann demnach der fragliche Vorgang zu Gunsten des Beklagten nicht angesehen werden und da es, sieht man von demselben ab, an jedem beachtlichen Nachweise der Besitzausübung seit dem Jahre 1841 fehlt, so war folgerecht der von dem Beklagten unternommene Beweis für mißlungen zu achten.

57.

Die Aussage eines Zeugen, welcher beim Ersitzungsbeweise zwar die Ausübung der Besitzacte, jedoch nur als precario erfolgt, bestätigt, kann in keiner Weise den Beweis fördern.

II. Sen.-Erk. v. 14. Aug. 1862 no. 483/485.*)

Stimmt man auch mit der vorigen Instanz darin überein, daß eine possessio vel quasi possessio precaria des Verjährenden nur aus solchen Handlungen oder Aeußerungen abzunehmen sei, welche einen sicheren Rückschluß darüber gestatten, daß die opinio juris auf Seiten des Verjährenden entweder nie vorhanden gewesen oder doch im Laufe der Zeit verloren gegangen sei, so erscheinen doch die Herauslassungen des Gegenbeweiszeugen L. über sein Verhältniß zu dem Beklagten bei Beginn und Fortstellung der fraglichen Besitzacte, wie solche bereits von der ersten Instanz actengetreu zusammengestellt zu befinden, ausreichend zu Begründung der Annahme, daß L. sowohl zu der Zeit, als er nach Acquisition des herrschenden Grundstückes im Jahre 1846 über Klägers Grundstücke Nr. 148 und Nr. 159

*) Der obentwickelten Ansicht stimmte die IV^ta (III. Sen.-Erk. v. 14. Febr. 1863 no. 70/71 v. 1862) bei Confirmation der III^ta zu.

Digitized by Google

des betreffenden Flurbuches zu fahren begonnen, als in der nachfolgenden Besitzzeit, so oft er solches wiederholt, dies nicht in der Ueberzeugung eines ihm diesfalls zustehenden Rechtes, sondern mit der Absicht und in dem Bewußtsein gethan habe, daß dies nur auf Grund der vom Kläger dazu erhaltenen Erlaubniß geschehe und von dem Letzteren beliebig auch verweigert oder verhindert werden dürfe. Die vom Zeugen auf Klägers Widerspruch abgegebene Erklärung, daß er gar kein solches Recht beanspruche, indeß Kläger als Nachbar wohl nicht so streng sein würde, wenn er, Zeuge, über jene Stücke mit wegführe und es Klägerm keinen Schaden bringe, ist ebenso deutlich und bestimmt, als die weitere Versicherung des Zeugen, daß er in den Jahren von 1847 bis in die neuere Zeit, so oft er über Klägers Grundstücke gefahren, denselben vorher jedesmal gebeten habe, ihm diese Ueberfahrt zu gestatten, und daß sein Bitten nicht ein bloßes Ansagen, sondern ein Gesuch um die Erlaubniß zur Ueberfahrt gewesen sei, weil er, Zeuge, kein Recht dazu gehabt habe (s. d. Depositionen zu Gegenbew.-Art. 33. 35 b.).

Kann nun weiter nach der Ansicht jetziger Instanz der Inhalt der Aussagen des gedachten Zeugen nicht dergestalt getrennt werden, daß man die darin liegende factische Rechtsausübung von der rechtlichen Qualification, welche Zeuge selbst ihr beilegt, unterscheidet und die Erstere in gewisser Beziehung unabhängig von der Letzteren zum Nachtheile des Gegenbeweisführers gelten läßt, muß vielmehr jene Aussage in ihrem Zusammenhange aufgefaßt werden, so folgt daraus von selbst, daß sie nicht dazu benutzt werden kann, den Mangel im Nachweise des Quasibesitzes des Beklagten auf die Zeit, in welcher der mehrgenannte Zeuge das herrschende Grundstück besessen hat, zu ergänzen. Will Beklagter den Quasibesitz des Letzteren beim Nachweise seines eigenen Verjährungserwerbes accessione temporis zur Hülfe nehmen, so steht ihm auch die oben dargelegte Fehlerhaftigkeit jenes Quasibesitzes entgegen.

l. 11 C. de acq. v. retin. poss. (7. 32.)
l. 13 §. 13 D. de acq. v. amitt. poss. (41. 2.)
Schweppe, Röm. Privatr. II. Th. §. 253, S. 100 fg.
Unterholzner, Lehre der Verjährg. I. Th. §. 134, S. 481.
Kori, Theorie d. Verjähr. §. 146, S. 256 fg.

Digitized by Google

Das streitige Befugniß ist während des Zeitraumes von 1846 bis 1859 liquidermaßen nur precario ausgeübt worden und es mangelt folglich dem Besitzstande des Beklagten das bekanntlich auch beim Verjährungserwerbe von Befugnissen der vorliegenden Art eintretende gesetzliche Erforderniß der Fehlerfreiheit, von deren sonst zulässiger Präsumtion den Zeugendepositionen zufolge nicht die Rede sein kann.

58.

Ueber das Bergreservat. — Bei solchem finden die Grundsätze über exceptio plurium litis consortium nicht Anwendung. — Verhältniß zum einfachen Vorkaufsrecht.

III. Sen.-Erk. v. 20. Decbr. 1862 no. 57/66.*)

Das dem sächsischen Rechte eigenthümliche Bergreservat besteht in dem bei der Veräußerung von Bergwerkseigenthum an nicht Bergbau treibende Personen gestellten Vorbehalt, daß der Erwerber und dessen Nachbesitzer das ausgekaufte Berggut gegen Entschädigung, sobald dasselbe wieder beim Bergbau gebraucht wird, zurückgebe. Dasselbe betraf ursprünglich nur das aufgelassig gewordene Bergwerkseigenthum im engern Sinne, namentlich das im Betriebe gewesene Grubenfeld, die in selbigem unterirdisch angehauenen Räume und Baue, verlassene Schächte, Stollen, Strecken, in der Grube erschrotene Wasser u. s. w. Späterhin ward jedoch das Bergreservat auf das Bergwerkseigenthum im weiteren Sinne, z. B. auf andere als erschrotene Wässer, Teiche, Plätze zu Pochwerken, Wäschen, Bergschmieden und andere Bergwerks-

*) Während in den früheren Instanzen der Gesichtspunkt des civilrechtlichen Vor- resp. Wiederkaufsrechtes genommen worden war und solchenfalls nach den von dem OAG. in beiden Civilsenaten constant befolgten Grundsätzen — vergl. diese Annalen Bd. I., S. 450, Bd. VI., S. 22 fg. — die exceptio plurium litis consortium zu Anwendung zu kommen gehabt hätte, hatte das OAG. bei der Entscheidung, deren Rationen oben auszugsweise mitgetheilt sind, den Gesichtspunkt, daß hier nicht eines der zuvor bemerkten Rechtsverhältnisse, sondern das des Bergreservats vorliege, zu Grunde zu legen und solchen Falles der exc. pl. litis consortium im concreten Falle Beachtung zu versagen.

Digitized by Google

räume ausgedehnt, indem die bergübliche Muthung auch auf solche Gegenstände, obwohl sich die erste Erwerbung derselben nicht auf bergrechtliche Besitzergreifung, sondern auf einen gewöhnlichen onerosen Erwerbstitel gründete, angenommen und bergamtliche Bestätigung zu dem Zwecke ertheilt wurde, damit ein Bergbautreibender den andern gegenüber dadurch die Altersgerechtigkeit erlangen und sich somit das ausschließliche Vorrecht auf solche Objecte zu der bei der Muthung angegebenen bergmännischen Bestimmung gegen jeden Dritten sichern könne, endlich es im Interesse des Bergbaubetriebes liegt, daß der Rückerwerb solcher Gegenstände, sobald sie in Privatbesitz übergehen, für den Bergbau sicher gestellt werde. Da nun auch der Natur der Sache nach von verlassenen Erzlagerstätten selbst — dem eigentlichen Bergwerksgute — ein anderer als bergmännischer Gebrauch nur selten zu machen ist, so hat das Institut des Bergreservats in der Praxis hauptsächlich seine Anwendung in der Ausdehnung auf das Bergwerksgut im weiteren Sinne gefunden.

Freiesleben, der Staat und der Bergbau §§. 14 und 22 ed. 2, S. 62 fg. und 109 fg.

In der älteren Berggesetzgebung, und zwar im Decisivbefehl wegen der Ober- und Erbgerichte in Bergsachen vom 23 Sept. 1622, sowie in dem Rescript vom 31. Mai 1747 und den Oberbergamtspatenten vom 30. März 1805 und vom 10. Septbr. 1809 ist zunächst nur das Einebenen alter Halden und Pingen ohne ausdrücklich vorher ertheilte bergamtliche Genehmigung verboten und den Bergämtern Anweisung ertheilt worden, bei der Genehmigung der Einebnung zu bedingen „auf den Fall man der Halden über kurz oder lang hinwieder zum Bergwerke bedürfen, und solche bergüblich gemuthet, bestätiget und gebauet würden, daß sodann die Halden und die auf denselben erbauten Häuser dazu gegen billigen und leidlichen Abtrag gefolget, die Schächte und Pingen wieder eröffnet und sonsten den Berggebäuden alle schuldige Beförderung bewiesen werden soll",

Decisivbefehl vom 23. Septbr. 1622 (C. A. II., p. 279.)

oder die Einebnung einer Halde nicht anders zu gestatten, als wenn der Grundbesitzer für sich und seine Nachfolger sich per registraturam, welche dem Bergbuche einzuverleiben und worinnen der Raum der Halde seiner Lage und Umfang nach deutlich und bestimmt anzugeben

Digitized by Google

ist, dahin verbindet, daß, in Fall dieser Raum über kurz oder lang beim Bergbau wieder nöthig ist, selbiger jedesmal unweigerlich und ohne Entschädigung wieder abgetreten werden soll.

Oberbergamtspatent vom 30. März 1805, das Verfahren bei Einebnung der Halden und Pingen von Privatpersonen betreffend (C. A. C. III. 2, p. 98.).

Es beziehen sich daher die gedachten gesetzlichen Bestimmungen nicht unmittelbar auf das eigentliche, bei Veräußerungen von Bergwerkseigenthum eintretende Bergreservat, sondern im Allgemeinen auf die Controle der Bergbehörden über auflässiges Bergwerksgut, welches ohne bergamtliche Erlaubniß nicht verändert werden soll, weshalb zu Einebnung auflässiger Halden, Pingen, alter Stollen, Schächte u. s. w. um Genehmigung nachgesucht werden muß.

Freiesleben, a. a. O., S. 115.

Erst in der Verordung vom 30. Januar 1837 sub 3 (Ges.-Samml. v. J. 1837, S. 12) wird das Bergreservat speciell erwähnt und zwar in einem weiteren Sinne gebraucht, indem die gedachte Verordnung unterscheidet, je nachdem das Bergreservat bei Ueberlassung von Berg- und Hüttenwerksräumen an Privatbesitzer, oder bei Gestattung der Einebnung von Halden von ersteren eingegangen worden ist. Nicht minder läßt es §. 15 des Hypothekengesetzes vom 6. Novbr. 1843 wegen der ungangbaren Berg- und Schlackenhalden und vormaliger Berg- und Hüttenwerksräume bei den bisherigen Vorschriften bewenden. Nun ist zwar in der Anmerkung zu dem zuletzt erwähnten §. 15 des Hypothekengesetzes nicht auf Nr. 3, sondern auf Nr. 2 der Verordnung vom 30. Januar 1837, welche nur die ungangbaren Halden betrifft, verwiesen worden, jeder Zweifel darüber aber, ob das Bergreservat beiderlei in der Verordnung vom Jahre 1837 erwähnter Arten von Dispositionsbeschränkungen zu Gunsten des Bergbaues umfasse, ist durch die Verordnung vom 3. Juli 1845 (Ges.-Samml. v. J. 1845, S. 86) gehoben worden, indem daselbst ausgesprochen ist, daß §. 15 des Hypothekengesetzes sich auch auf das bei Veräußerung von ungangbar gewordenen Bergwerksgebäuden, namentlich auflässigen Zechen oder anderen zum Bergwerksgebrauche nicht mehr dienenden Grundstücken und Plätzen an Privatpersonen zu anderem Gebrauche übliche, eigentlich sogenannte Bergreservat, durch welches der

Digitized by Google

Erwerber und jeder folgende Besitzer solcher ausgekaufter Bergwerksgebäude oder Berg- und Hüttenwerksräume verbindlich gemacht wird, das Grundstück, falls dasselbe über kurz oder lang wieder bei dem Bergwerke gebraucht werde, gegen billige Entschädigung dazu herzugeben und zu überlassen, beziehe.

Heyne, Commentar Th. II., S. 108.

Siegmann, das K. S. Grund- und Hypothekenrecht, S. 57.

Auch in §. 295 des Berggesetzes vom 22. Mai 1851 (Ges.-Samml. v. J. 1851, S. 256) sind ungangbare Halden, auflässige Bergwerksgebäude und sonstige Bergwerksgrundstücke, welche, nachdem sie nicht mehr zum Bergbau dienen, veräußert werden, als Gegenstände des Bergreservats bezeichnet und die Bergämter angewiesen worden, eine Veräußernng derselben nur unter der Bedingung, daß sie jeder Zeit gegen Vergütung ihres nach den Vorschriften in Abschnitt VIII. des Berggesetzes zu ermittelnden Werthes zu Bergwerkszwecken wieder abgetreten werden, geschehen zu lassen.

Obwohl nun der im Bergreservate enthaltene Vorbehalt bei Bestätigung von Veräußerungscontracten über auflässiges Bergwerksgut Seiten der Bergbehörde im Interesse des Bergbaues gestellt und von dem Acquirenten für sich und seine Nachbesitzer als eine dingliche Last der Bergbehörde gegenüber übernommen wird, so tritt dennoch hierbei das Bergamt nicht als Partei, sondern als obrigkeitliche Behörde auf, welche darüber zu wachen hat, daß die Veräußerung nur unter dem Bergreservate geschehe. Es pflegt daher das letztere selbst als eine Contractsbestimmung zwischen dem Veräußerer und dem Acquirenten bedungen und im Veräußerungscontracte ausgedrückt zu werden.

Freiesleben, a. a. O., S. 112.

Da eine Form, in welcher das Bergreservat zu stipuliren, gesetzlich nicht vorgeschrieben ist, so wird dasselbe häufig in der Einkleidung eines Wiederkaufs- oder Vorkaufsrechts bedungen und angelobt. Mag nun auch zuweilen, wenn die letztere Form gewählt worden ist, die Beurtheilung der Frage, ob ein bloßes conventionelles Wiederkaufs- oder Vorkaufsrecht, oder das sogenannte Bergreservat vorliege, schwierig erscheinen, so hat man doch im vorliegenden Falle

Digitized by Google

kein Bedenken getragen, aus folgenden Gründen die Existenz eines Bergreservats anzunehmen.

Inhalts der Klagdarstellung A. haben die Gewerken auf dem Sauberge in E. und auf dem Pochwalde den auf dem Pochwalde zu G. gelegenen Schutzteich — den jetzt sogenannten Bergmeisterteich — laut Kaufs vom 2. August 1704 und bergamtlicher Bestätigung und Beleihung von demselben Tage — für 114 Gülden erkauft. Nicht minder haben die sämmtlichen Gewerken der Kunst- und Pochgezeuge auf dem Sauberge und Pochwalde, sowie der großen und kleinen Vierung den auf dem Pochwalde gelegenen großen Schutzteich, aus welchem — wie im Kaufe gesagt wird — die Wasser auf die E.'r Kunst- und Pochgezeuge gehen, und welcher vor Alters zu solchen Pochwerken gehört nebst dem Wasserlauf und allen anderen Bergrecht und Gerechtigkeiten laut Kaufs vom 24. März 1712 und bergamtlicher Bestätigung und Beleihung vom 2. Januar 1713 erworben. Laut der in beglaubter Abschrift ersichtlichen Urkunde haben die Besitzer und Vertreter der daselbst angegebenen Pochwerke und Hütten, welche im Eingange der Confirmationsurkunde als die Eigenthümer und Gewerkenvorsteher derer Hütten und Pochwerke zu E. bezeichnet werden, die von ihnen „lange Jahre her zu Beförderung des daselbigten Bergwesens" besessenen beiden zwischen dem Arsenikwerk und der Waldhütte gelegenen Schutzteiche nebst der Hälfte des sogenannten Mörderteiches laut Kaufpunktation vom 12. Juni 1771 an die Commun E. für 112 Thlr. verkauft, nachdem ihnen bereits vorher die Veräußerung gedachter Teiche mit Vorbehalt der nöthigen Schutzwasser mittelst Oberbergamtsverordnung vom 2. Juni 1770 gestattet worden war. Die gedachte Kaufpunktation, in welcher weder das Bergreservat, noch ein Wieder- oder Vorkaufsrecht vorbehalten worden war, fand nicht die Genehmigung des Bergamtes G. und des Oberbergamtes, welches „andere Bedingungen und Praecautiones" für nöthig erachtete. Nachdem dem Bergmeister zu A. Commission ertheilt worden war, vereinigten sich die Kaufscontrahenten in dem am 18. Mai 1774 abgehaltenen Verhöre dahin, daß die vom Bergamte vorgeschlagenen unter 1 — 5 aufgeführten einzelnen Bedingungen und Praecautiones dem Kaufe zu inseriren seien. Die erste Bedingung lautet:

Digitized by Google

Die Commun, als Käuferin, hat denen Verkäufern oder jedesmaligen Kunst-, Hütten- und Pochwerks-Gewerken das Wiederkaufsrecht bis zu ewigen Zeiten an diesen jetzt verkauften gesammten Teichen, welche alle Zeit die Qualität der Bergamts-Schutzteiche zum Behuf der Künste, Pochwerke und Hütten behalten sollen, um das jetzige Kaufpretium der 112 Thlr. wirklich zugestanden, wogegen letztere als Wiederkäufer versprochen, wegen der sodann erweislich zu machenden ansehnlichen Meliorationskosten einen billigen Abtrag zu thun.

Erst nachdem diese und die übrigen Bedingungen in den Kauf aufgenommen worden waren, erlangte derselbe die Approbation des Oberbergamtes, worauf in den Veräußerungsvertrag von dem competenten Bergamte am 12. April 1775 consentirt und der Käuferin die erkauften Teiche, jedoch unter Vorbehalt der im Extensum des Kaufes specificirten Bedingungen in Lehn gereicht wurden. Aus diesen Vorgängen folgt nach Ansicht der gegenwärtigen Instanz, daß das in die Form eines Wiederkaufs eingekleidete Recht als Bergreservat anzusehen ist, weil

a. das Wiederkaufsrecht erst nachträglich auf Verlangen und Andrängen der Bergbehörden in den Kauf aufgenommen,
b. dasselbe keineswegs auf die Verkäufer und deren Nachbesitzer beschränkt, sondern überdies den jedesmaligen Kunst-, Hütten- und Pochwerksgewerken eingeräumt und
c. den verkauften Teichen die Eigenschaft von Bergwerksteichen zum Behufe der Künste, Pochwerke und Hütten ausdrücklich beigelegt und von der Bergbehörde die Beleihung unter Vorbehalt des Wiederkaufsrechts und der sonstigen Bedingungen vorgenommen worden ist.

Namentlich kann nicht auffallen, daß der Käuferin und ihren Nachbesitzern die Verpflichtung, die erworbenen Teiche gegen die bedungene Entschädigung nicht im Allgemeinen an den Bergbau, sondern den Verkäufern oder den jedesmaligen Kunst-, Hütten- und Pochwerksgewerken wiederum abzutreten, auferlegt worden ist, weil mit Rücksicht auf die Lage der Teiche die genannten Bergbauunternehmungen präsumtiv die alleinigen Interessenten sind, denen das Berg-

Digitized by Google

reservat zum Vortheil gereicht. Sobald nun, wie im vorliegenden Falle geschehen ist, das Bergreservat zu Gunsten des Bergbaues überhaupt oder zum Vortheil einer ganzen Classe betheiligter Bergbauanstalten stipulirt worden ist, treten bei Collision verschiedener Berechtigten, welche gleichzeitig vom Bergreservate Gebrauch machen wollen, nicht die civilrechtlichen Grundsätze über die exceptio plurium consortium, sondern die Competenz der Bergbehörden ein, welche unter Berücksichtigung der bergrechtlichen Vorschriften darüber zu entscheiden hat, welchem der verschiedenen betheiligten Berggewerken der Vorzug einzuräumen ist.

Aus demjenigen, was Klägerin über die Art und Weise, wie das den oftgenannten Kunst-, Hütten- und Pochwerksgewerken zugestandene Recht späterhin modificirt und von den Nachbesitzern der ursprünglichen Käuferin, der Stadtgemeinde E., anerkannt worden ist, angeführt hat, erhellet nicht, daß die rechtliche Eigenschaft des gedachten dinglichen Befugnisses späterhin verändert worden ist. Denn bei den unter C. referirten Kaufsverhandlungen vom Jahre 1785 und 1786 zwischen der Gemeinde E. und den Käufern ist das oftgedachte Wiederkaufsrecht und zwar ebenfalls auf Verlangen beziehentlich unter Genehmigung der Bergbehörde lediglich insofern beschränkt worden, als dasselbe nur bei Veräußerungsfällen der beiden jetzt in Frage befangenen Teiche, und mithin unter Ausschluß des zum Besten des Bergbaues nicht zu gebrauchenden Mörderteiches ausgeübt werden kann, und die Gegenleistungen, welche bei Rückgewährung der Teiche zu erfüllen, näher bezeichnet worden sind.

Außerdem ist die Bestimmung getroffen worden:

> daß das Wiederkaufsrecht an obigen Teichen den Gewerken, Hütten-, Pochwerks- und Mühleninteressenten zu E. nur auf den Veräußerungsfall nachgelassen sein solle.

Wollte man nun selbst mit der vorigen Instanz annehmen, daß die Behauptung der Klägerin, daß unter dem Ausdrucke „Mühleninteressenten" die Besitzer von Mühlwerken zu bergbaulichen Zwecken namentlich von Erzmühlen zu verstehen seien, auf Irrthum beruhe, vielmehr mit dem gedachten Ausdrucke die Besitzer der nicht bergmännischen Mühlwerke zu E. bezeichnet worden seien, so würde doch das den Mühlenbesitzern eingeräumte Befugniß im günstigsten Falle

Digitized by Google

nur als ein vertragsmäßiges Vorkaufsrecht angesehen werden können, da es weder in der Gewalt der Bergbehörden, noch der Contrahenten lag, zum Besten anderer als bergmännischer Unternehmungen ein Bergreservat zu constituiren. Sobald aber ein auf gesetzlichen Bestimmungen beruhendes Näherrecht — zu denen das Bergreservat zu rechnen sein dürfte — mit einem conventionellen Vorkaufsrecht zusammentrifft, ist dem Retrahenten der Vorzug vor demjenigen, welchem nur ein gewöhnliches Vorkaufsrecht zusteht, einzuräumen.

Walch, das Näherrecht, Buch II. 4 §. 4 ed. 3, S. 512 fg.

Personalveränderungen.

(Nachtrag zu Bd. III. S. 532 und Bd. IV. S. 528.)

In Gemäßheit Allerhöchster Entschließung Sr. Majestät des Königs ist vom 1. Septbr. 1863 ab der Oberappellationsrath Heinrich Bethmann Klemm, in Folge Ernennung zum Geheimen Justizrathe im Justizministerium, aus dem Collegium geschieden, und dagegen der zeitherige Hülfsrath, Appellationsrath Eduard Ferdinand Roßky, unter Beförderung zum Oberappellationsrathe, dem Collegium definitiv zugewiesen worden.

Digitized by Google

Repertorium

zu Band I. bis VI.

I. Sach- und Wortregister.*)

Abbaurecht, eingetragenes, kann analoge Anwendung des §. 107 des Hyp.-Ges. veranlassen, V. 498.
—, s. a. Kohlenabbaurecht ꝛc.
Abfall, eines Röhrtrogs, II. 39. 242. — Erwerb durch qualif. Verjährung, III. 400.
*Abgabenhinterziehung, oder Betrug? II. 80. IV. 306.
*„Abgefaßt", in Art. 57 StPO., II. 268.
„Abgepfändete Mobilien", s. Execution, IV. 382.
*Abkäufer, s. Betrug.
*Ablehnung, des Zeugnisses, II. 416.
Abmiether, Rechte aus einem Eintrag nach §. 16 sub 7 des Hyp.-Ges., I. 193.
—, s. a. locatio cond.
*Absicht, unbestimmte, I. 82.
Abweisung, a limine judicii, I. 371.
—, in der angebr. Maße, Bestätigung aus anderen Gründen, II. 377.
—, i. d. a. M. s. a. Appellabilität ꝛc. und Rechtskraft.
*Abwesender, Bedrohung desselben, s. Bedrohung.
*—, s. a. Contumacialverfahren, Rechtsmittel, II. 94.
Acceptation, einer Offerte, wie? I. 127. — wenn? III. 500.
—, einer Cession ꝛc. aus der Production der betr. Urkunde folgbar, I. 22.
Accessio possessionis, IV. 536.
Accord, s. Concurs und loc. cond. operis.
Acquisitivverjährung, s. Verjährung.
*Acteneinsicht, der Aufforderung des Defensors zur A. bedarf es nicht, I. 283.
*Actenschluß, Bekanntmachung nach Art. 362 StPO. an den Antragsteller ist nicht unbedingt wesentliche Formvorschrift, II. 95.
*—, dessen Bekanntmachung erledigt nicht u. a. U. die Entschließung über Anträge, III. 392.
Actien, s. Papiere au porteur.

*) Bei dem Vorhandensein deutscher und lateinischer Kunstausdrücke suche man zunächst die ersteren, nur in wenig Fällen, z. B. bei der Aufführung der Klagen unter „actio", ist aus Gründen der lateinische bevorzugt. Die einzelnen Gründe der Ehescheidung und Eheannullation suche man unter diesen Artikeln, alles auf das Wechselrecht bezügliche unter der Rubrik: Wechsel ꝛc. Alle Criminalartikel sind mit einem Stern ausgezeichnet und correspondiren diesfalls die Artikel StGB. ꝛc. des Gesetzregisters.

Digitized by Google

Actiengesellschaft, Passivlegitimation der Directoren einer nicht confirmirten A., IV. 485.
—, auf Namen, VI. 454.
—, hat nicht das benef. rest. i. i., I. 462.
—, s. a. Directoren und Vertragsschluß.
Actio ad exhibendum, IV. 277.
— alimentaria, s. Alimentationsanspruch ꝛc.
— aquae pluviae arcendae, II. 321. V. 57.
— — — —, Schädenklage, III. 297.
— communi dividundo, wenn vor Theilung des Nachlasses zulässig, I. 157.
— — —, des Publicianischen Besitzers, IV. 279.
— — —, beim Mitbesitz, IV. 397.
— — —, s. a. Altgemeinde und Theilung, horizontale.
— confessoria, kann auch gegen den bloßen Störer des Befugnisses angestellt werden, II. 44.
— —, nur dem dinglich Berechtigten zuständig, II. 161.
— —, einzelner Gemeindemitglieder wegen einer der Gemeinde zuständigen Wegeservitut unzulässig, VI. 418.
— —, s. a. actio negatoria, Servitut ꝛc.
— de in rem verso utilis, V. 171.
— de pauperie, IV. 499. V. 176. VI. 65.
— depositi directa, gegen Miterben, auf was? II. 226.
— de recepto cauponum etc. Concurrenz mit der actio depositi, II. 442.
— — — —, Begründung der Klage in Betreff der abhanden gekommenen Summe Geldes, II. 443.
— doli, wider die Concursgläubigerschaft, V. 251.
— —, von dec. nov. 23 nicht betroffen, VI. 28.
— emti, beim Pferdehandel, s. diesen, I. 31. und Kauf.
— —, oder redhibitoria? V. 155.
— —, auf das Interesse, wegen verschwiegener Oblasten — dessen Bemessung, IV. 87.
Actio emti, auf das Interesse der hinterzogenen Erfüllung eines Gutskaufs, IV. 88.
— ex stipulatu, auf Rückgewährung des Einbringens wegen Verarmung des Ehemannes, IV. 533.
— finium regundorum, II. 239.
— funeraria, II. 155.
— hypothecaria, nicht aus Folientractten, II. 132.
— —, Einfluß des formellen Concurses, I. 385. 154. VI. 185.
— locati, des Gesindes auf Schadenersatz wegen Körperverletzung bei der Arbeit, II. 21. V. 272.
— mandati, auf Schäden, V. 173.
— — contraria, des Handwerkers gegen den Arbeitgeber wegen Separatbesorgungen, I. 343.
— — —, auf Schadenersatz, II. 22.
— negatoria, steht nur dem dinglich Berechtigten zu, II. 161.
— —, Unschlüssigkeit in Bezug auf das factum turbat. durch Verbalturtation erledigt, III. 224.
— —, nicht statthaft, wenn die Beschädigung offenbar eine nur culpose, II. 541.
— —, „Beibringung des Eigenthums", II. 42. 329.
— —, oder Schädenklage? IV. 540.
— —, Behandlung im Fall Beklagter bei Zugeständniß der Turbativhandlung keine Servitut zu prätendiren erklärt, V. 405.
— — limitata oder restricta, Beweislast, II. 329.
— — —, ist i. Z. causa ardua und inc. aestim., II. 471.
— Paulliana, wenn animus fraudandi folgbar? I. 161.
— —, Protestation, II. 134.
— —, oder Gratification? III. 129.
— —, gegen die Ehefrau in Betreff ihr überlassener Grundstücke, I. 369 IV. 418.
— —, Verhältniß der a. P. zur Revocationsklage nach §. 15 des gesch. Bank.-Mand., V. 75. — s. a. Ges. Register zu diesem §.
— pigneraticia directa, auf Rückgabe von Papieren au porteur in specie, III. 222.

Digitized by Google

Actio pigneraticia directa, wenn nata? VI. 408.
— Publiciana, erfordert nicht Zahlung des Kaufpreises, III. 130.
— quod metus causa, zu Anfechtung eines Vergleichs, I. 34.
— redhibitoria, hinsichtlich eines Theiles der Waare, III. 285.
— —, Verjährung, V. 156.
— —, beim Pferdehandel, s. diesen, I. 31.
— —, oder emti? V. 155.
— rescissoria und restitutoria, zu Anfechtung eines Urthels wegen falscher Urkunden oder Zeugenaussagen, I. 181.
— spolii, ist nur durch eine an sich, ihrer Form oder äußeren Erscheinung nach als widerrechtlich sich darstellende Handlung begründet, I. 170. III. 473.
— —, gegen den Geschäftsherrn in Folge Ratihabition der Handlung des Institor, II. 233.
— —, unter Eheleuten, II. 235.
— tutelae, auf Rechnungslegung, deren Begründung, I. 143.
— venditi, deren Begründung bei Immobilienkäufen, I. 31.
— —, des Verkäufers einer später erloschenen Hypothek, rechtzeitige Realoblation, II. 535.
— —, beim Lieferungskauf von Creditpapieren, V. 230.
— —, s. Kauf „nach Probe", Lieferungskauf ꝛc.
Actionär, Klage eines A's. auf Erhöhung der Dividende, VI. 269.
Actor, einer milden Stiftung, dessen Prozeßlegitimation, VI. 222.
Actus, s. Treibe- Triftgerechtigkeit
Adhäsion, accessorische, deren Wesen, I. 177. IV. 369. VI. 475.
—, —, unzulässig, wenn ein Principalrechtsmittel des A. unzulässig gewesen sein würde, II. 515. IV. 144.
—, —, nicht erledigt durch Zurücknahme der Appellation, I. 376.
—, —, neben einem Principalrechtsmittel, V. 85.
— —, s. a. Reformatoria.
Adminicula servitutis, aquae haustus, I. 56.
Adulterini, per sub sequens matrimonium legitimirt, V. 279.
* Advocat, suspendirter, IV. 307.
Advocatur, Prüfungen für die A., IV. 337.
Agenten, finden vor dem Handelsgericht zu Leipzig Recht, I. 445.
Agnatio posthumi, s. testamentum.
Alimentationsanspruch, des Ehemannes gegen den Ehebrecher, Ersterer kann nicht §. 5 des Mand. v. 12. Novbr. 1828 gegen Letzteren anziehen, IV. 276.
—, unterliegt nicht der kurzen Verjährung, I. 140.
Alimentationsklage, Natur, III. 214. — s. a. A.-Verbindlichkeit und Alimente.
—, gegen den Adulter, III. 90.
—, Beweis der Schwangerschaft zur Zeit des Beischlafs, I. 43. — solchen Falls muß Producent die Alimente vorschießen, II. 156.
—, exceptio compensationis, III. 178.
—, die immissio seminis irrelevant, V. 55.
—, hat, wenn die Stuprata verheirathet, i. Z. der Ehemann, I. 355. — Ausnahme, wenn die Ehefrau separirt lebt, VI. 325.
—, derselben steht nicht entgegen, wenn die Mutter einen Dritten für das Kirchenbuch als Vater bezeichnet, VI. 327.
—, desgl. wenn ein Ehemann das außereheliche Kind seiner Ehefrau auf seinen Namen taufen läßt, ibid.
—, Vergleich mit der stuprata, wenn gegen den Vormund wirksam? V. 240.
—, subsidiäre, bei Abwesenheit des Schwängerers auf der Wanderschaft begründet, I. 356. — Mittellosigkeit näher Verpflichteter? — Modalität der Bescheinigung, I. 357. — erfordert Bezugnahme auf geeignete Vermögensverhältnisse der Beklagten, ibid. — Object, der niedrigste Satz, I. 47. — Begründung, Bescheinigung, ibid. — Mittellosigkeit der Mutter, IV. 490.

Digitized by Google

Alimentationspflicht, gegenseitige der Blutsverwandten, Voraussetzungen, II. 230. III. 143. — Beweis der Zahlungsfähigkeit, ibid. s. a. benef. competentiae, III. 177.
—, vertragsmäßige, in praeteritum non uiuitur, IV. 39.
Alimentationsverbindlichkeit des außerehel. Vaters, deren Natur, Regreß im Falle des Vergleichs, IV. 190.
Alimente, für ein eheliches Kind, deren Bemessung, I. 50.
—, Civilklage der Ehefrau auf A. für die Kinder, IV. 43.
—, von der Mutter dem Sohne gewährte, i. Z. nicht zu vergüten, ebenso nicht Dienste vom S. der M. geleistet, II. 445.
—, s. a. in praet. non vivitur, II. 28.
—, für ein uneheliches Kind, I. 46.
—, interimistische Zahlung Seiten des zum Ausflucht sbeweise gelassenen Schwängerers, V. 476.
Alimentenklage, der geschiedenen Ehefrau wegen Ernährung ꝛc. der Kinder, I. 49.
—, der getrennt lebenden Ehefrau, Competenz, II. 238.
*Allegirung, der Art. des Strafgesetzes, inwieweit sie nothwendig, III. 175. — kann im Erkenntniß oder in den Rationen erfolgen, II. 558.
Altgemeinde, materiell societas, prozeßrechtlich universitas, I. 214.
—, muß im Prozeß ein Syndicat errichten, V. 218.
—, kann nicht per majora über ihre Grundstücke disponiren, IV. 404.
*Ameiseneier, deren Erholung kein Forstvergehen, IV. 425.
Anatocismus, in Bezug auf Contocorrentverhältnisse? I. 289.
—, in Bezug auf Prozeßzinsen, III. 511.
*„Andere dergleichen Gegenstände", in Art. 208 StGB., II. 261.
*Aneignung, widerrechtliche des Inhalts eines verschlossen übergebenen Behältnisses ist Unterschlagung (I. 500), III. 102.
Anerkenntniß, Klage auf A., wenn zulässig? I. 472.
—, nicht im Urkundenprozeß zulässig, III. 371.
—, s. a. Verjährung, kurze, V. 257.
Anerkennungsvertrag, IV. 280.
*Angeklagter, hat nicht die Art. 213s 222s den Zeugen zugestandenen Beneficien, II. 416.
*—, kann durch Trennung connexer Untersuchungen nicht zum Zeugen umgewandelt werden, I. 327.
*—, Rechtsmittel desselb. wegen unterlassener Beschlußfassung auf Strafanträge, VI. 94.
*Angelegenheit, „ihn selbst betreffende", IV. 62. 64.
*—, eigene, s. Anstiftung, Winkelschriftstellerei.
*Angeschwemmte Sachen, denselben sind solche gleich zu achten, die noch auf dem Wasser treiben, V. 425.
Angewende, das Recht der A., IV. 515.
*Anklageverfahren, Entscheidung des OAG.'s im A., präjudicirt nicht der E. im HV., I. 277.
*Annahme, wissentliche einer Nichtschuld, ob Betrug? II. 481.
*Anreißen, von Stämmen, s. Harzen.
*Anschluß, wirkt nicht prozessual für den Concurs als Anmeldung, I. 426.
*Anstiftung, setzt Fähigkeit des Angestifteten zur Selbstbestimmung voraus, VI. 278.
*—, nicht denkbar bei Verbrechen aus Unbedachtsamkeit, VI. 433.
*—, zur Beihilfe, IV. 149.
*—, zu gewerbmäßigem Stehlen, VI. 436.
*—, zu Militärverbrechen, Anwendung der Cartellconvention vom 19. März 1831 Art. 14, III. 97.
*—, zum Versuche, IV. 149.
*—, zu wahrheitswidriger Aussage, I. 495.
*—, — — —, strafbar auch bei eigener Angelegenheit des Anstifters, V. 127.

Digitized by Google

*Anstiftung, s. a. gewerbm. Eigenthumsverbr.
*Antrag, s. Strafantrag.
—, eventuelle, s. Beschlußfassung.
Antragsteller — Art. 29 StPO. — dessen Einmischung in die U. unzulässig, III. 331.
Anverwandte dürfen in Untersuchungen das Zeugniß nicht verweigern, wenn ihr eigenes Verhalten zugleich in Frage kommt, V. 431.
Anwerben, seiler Dirnen für Bordelle, fällt unter Art. 355 StGB., V. 427.
Appellabilität,*) formelle Zulässigkeit der Rechtsmittel gegen Erkenntnisse und gegen das richterliche Verfahren in Civilsachen, IV. 193. — 1) Rechtsmittel gegen Erkenntnisse zweiter Instanz, Princip, 194. — Zulässigkeit der Appellation ad IIIiam resp. IVtam 194. — appellable Summe, 195. — Kosten, 195. 202. (I. 462.) V. 42. — unschätzbare Streitgegenstände, 196. — Herbergsrecht, 144. — 2) Zulässigkeit der A. ad IVtam 197. — reformatio in peius, 199 (215). — A. gegen die Entscheidungsgründe, 203. — 3) neue Punkte der Entscheidung in IIIia 203. — Incidentstreite, 208. — Restitutionsgesuche, ibid. — 4) nova, in IIIia 209. — 5) beschränkte Appellabilität ad IIIiam 210 fg. — Provocationsprozeß, 210. 212. — Zwischenurthel, 211. — Rechtsmittel, welche nur Zinsen und Kosten betreffen, 211. — A. ad IVtam 214. — Ehesachen, 215. 219. — Object der Beschwerden ist maßgebend, 217. — Miethund Pachtstreitigkeiten, 218. 368. (III. 240.) — Intervention nach §. 55 des Exec.-Ges., 218. — 6) Berechnung der appellablen Summe, 219. — Münzfuß, Cours, 219. — Zinsen u. a. Nebenforderungen, 220. — Schäden als Nebenforderung, 221. (I. 238. II. 488.) — Kosten als N., 222. — Kostenvorstand, Wechselvorschuß, 223. — Alimente ibid. (und II. 495.) — Rückstände größerer Leistungen, Termine, 225. — Werth einer Schuldverschreibung, V. 89. — 7) Streitgenossenschaft, objective Klagenhäufung, 30. 226. — 8) jährliche Leistungen und Rückstände, 229. — Auszug, 230. — 9) Rechtsmittel im Concurs, 230. (III. 481. 522.) — Zinspassus der Distributoria, VI. 427. — 10) Possessorium summarium, 233. (I. 175.) — 11) geringfügige Rechtssachen, 234. — ganz g. R., 235. — Compromisse, 236. — 12) geringfügige oder ganz g. Beschwerden, 287. — 13) in Ablösungssachen, 240. — 14) Appellationen gegen das Verfahren, 241. — im Executionsverfahren, 245. (I. 377.) — im Executionsprozeß, 248. (II. 380. 520.) — Abweisung der Klage a limine, 249. — Rechtsmittel Dritter, 250. 15) Exmissionsprozeß, 250. — 16) Execution auf Requisition von Verwaltungsbehörden, 250. — 17) nova, 251. — 18) causae minutae, 252. — 19) Gemeinschaftliche Regeln über die Berichterstattung, 253. — Prüfung der Zulässigkeit, ibid. — Beschwerde über verweigerte Berichtserstattung, 255. (1. 176.) — Vorstellungen gegen Verordnungen des OAG.'s, welche die Unzulässigkeit aussprechen, 256. — Rechtsmittel Dritter, ibid.
Appellabilität, auf jeder Seite gesondert zu beurtheilen, I. 176.
—, bei Publication der IIda, nicht durch Erklärungen des Gegners zu alteriren, III. 370.
—, die in Bezug auf die aufgestellte Gravamina unzulässige Appellation, nicht durch den Vorbehalt und die Aufstellung weiterer Gravamina post decendium salvirt, VI. 427.

*) Wo in diesem Artikel bei der Pagina kein Band bezeichnet ist, gilt selbe für Band IV. (Abhandl. von ꝛc. Siegmann.)

Digitized by Google

Appellabilität, bei irrthümlicher Behandlung der c. minuta als c. ardua, V. 84.
—, s. a. Appellation.
Appellatio coeca, II. 376. VI. 429.
Appellation, post decendium zu Anfechtung eines Urthels, als auf falschen Urkunden ꝛc. beruhend, unstatthaft, I. 181.
—, des Schuldners wegen des Manifestationseides, I. 184.
—, gegen Abweisung der Klage i. d. a. M., Bestätigung aus anderen oder mehreren Gründen, II. 377.
—, gegen die Rationen eines die Klage abweisenden Urthels, inwieweit zulässig, II. 375.
—, Inhalt der Gravamina, Einfluß der Deduction, II. 377.
—, gegen die Eidesleistung, s. diese.
—, s. a. Concurs, Reformatoria.
—, der Concurscuratoren gegen die Distributoria ist unzulässig, IV. 33.
Appellationsbeschwerde, siehe Gravamen.
Approbation, s. locatio cond. operis, III. 142.
*Arbeitshausstrafe, „nicht unter einem Jahre", im Art. 300 Abs. 1 ist im Maximum absolute Strafe, IV. 17.
*—, nach Art. 17 erkannte, kann nach Art. 300 Abs. 2 nicht verlängert, nur geschärft werden, IV. 556.
Armeneid, dessen Wirkung für einen zweiten Prozeß, II. 245.
—, zu dessen Ableistung kann nicht „bei Verlust" geladen werden, III. 521.
Armenrecht, was ist „probabilis litigandi causa?" I. 446.
Armer, dessen Vergleich, inwiefern außergerichtlich geschlossen, gültig? IV. 349.
—, dessen e. o. bestellter Anwalt bedarf einer Vollmacht, I. 371.
Armuth, als Restitutionsgrund, II. 382.
Arrangement, s. Concurs, I. 383. V. 17.
Arrest, zur Lehre vom A. — wer haftet für die custodia? III. 523.
—, auf ein ganzes Vermögen, zu Gunsten einzelner Gläubiger unzulässig, II. 137.
—, Gesuch des Cur. bon. um A. auf eine im Besitz eines Dritten, der nicht hujus fori ist, befindliche Sache, Competenz, II. 140.
Arrestschlag, wenn das forum arresti begründend? I. 442.
*Arzt, als Zeuge und als Sachverständiger, II. 275.
Assignation, in vim cessionis oder assignationis? III. 464.
—, deren Uebergang in Zahlung, II. 233.
*Aufborgen, s. leichtsinniges A.
*Auf der Flucht, s. Dieb.
*Auftragsertheilung, mitlleberlassung des Entschlusses über Einleitung der Untersuchung, VI. 286.
Ausflucht, s. exceptio.
*Ausgezeichneter Diebstahl, s. Diebstahl und Versuch.
*Auskunftsperson, Kind 11jähriges, I. 89. — 13jähriges, III. 393.
Ausländer, Schuldarrest, I. 73.
*Ausländer, Bestrafung, zu Art. 5. 8. StGB., II. 404.
Ausländisches Recht, s. Wechselprozeß, Schuldarrest, I. 73. Collision und Recht.
*Ausländisches Strafgesetz, II. 404.
—, Geld (Währung), s. Eigenthumsverbrechen, Object, II. 548.
Auslegung, logische, III. 464.
—, durch Combination verschieden lautender gleiche Geschäfte betreffender Urkunden, V. 455.
—, von Testamenten, praesumtio pro honorato? V. 500.
—, gegen den Stipulator, III. 503.
*Aussage, wahrheitswidrige, Verleitung, erfolglose in einer den Anstifter betr. Angelegenheit, ob strafbar? I. 495.
*—, —, s. a. Angelegenheit und Anstiftung.
*Aussetzung, hülfloser Personen, „in einem hülflosen Zustand gelassen", in Art. 163, III. 439.

Digitized by Google

*Aussetzung, hilflose, durch Unterlassungshandlungen mit unbestimmtem bösen Vorsatz, V. 413.
Auszügler, dessen Recht zu Aufnahme eines Pflegers in die Auszugswohnung, V. 31.
Auszugslocalitäten, sind vom Auszugsträger zu unterhalten, V. 27.
Auszugswohnung oder Herberge? IV. 92.
Bäche und Quellen, Dispositionsrecht des Grundeigenthümers, III. 401. VI. 140.
Bäume und Hecken, auf der Grenze stehend, II. 160. VI. 386.
*Bankerott, böslicher, Art. 304—306 StGB., I. 320.
*— —, in Concurrenz mit Fällen des Art. 308 StGB., I. 321.
*— —, erfordert nicht formellen Concurs, II. 189.
*—, —, durch richtige Einträge in die Bücher nach eröffnetem Concurs nicht begründet, II. 549.
*—, leichtsinniger, Art. 307. 308. StGB. setzt Concurseröffnung voraus, III. 58.
*—, —, „unordentliche Buchführung" in Art. 308 StGB., ibid.
*—, —, „außer dem Falle des böslichen Bankerotts" in dems. Art., I. 321.
*—, —, Concurrenz von Fällen des Art. 308 StGB. mit böslichem B., ibid.
Baumgarten-Crusius, Nekrolog des Vicepräsidenten Dr. B.-C., V. 385.
*Bauwerke, s. Beschädigung.
*„Beauftragter", in Art. 90₁ StPO., vom Vertheidiger nicht durch Substitution zu legitimiren, III. 391.
Bedingung, suspensive oder resolutive? I. 123. II. 302.
—, „bei N.' künftiger Verheirathung zahlbar", I. 124.
—, wenn ein Contrahent deren Eintritt verhindert, II. 148.
—, oder Voraussetzung? V. 258.
—, resolutive, beim Kaufe, IV. 85.
—, s. a. Bewerbskaff.
*Bedrohung, Begriff, II. 411.
*—, eines Abwesenden, wenn eine solche anzunehmen, VI. 104.
*—, des Staatsoberhaupts mit Thätlichkeiten, VI. 438.
*—, mit Veröffentlichung eines Vorgangs an sich i. Z. nicht rechtswidrig, III. 162, s. a. Mahnung.
*—, Strafantrag wegen Drohung im Zweifelsfalle nicht auf B. s. str. zu beschränken, IV. 430.
*Beeinträchtigung, fremden Grundeigenthums, dessen objectiver Thatbestand, VI. 112.
*Beendigung, s. Mordversuch, Versuch.
*Beförderung der Unzucht, gewerbmäßige, s. Gewerbmäßigkeit, II. 84.
*Befreiung, von Gefangenen, gewaltsame oder Widersetzlichkeit, I. 308.
*—, „Gefangener" in Art. 153. 154. StGB., I. 309.
*Begünstigung, „nach vollbrachter That" in Art. 61. III. 434.
*Behältniß, verschlossen übergebenes, Aneignung des Inhalts, I. 500. III. 102.
*„Behörde" in Art. 144 StGB., I. 309.
*„Bei der That," s. Dieb.
*Beihülfe, Zusage der B. zu einem beschlossenen, später aufgegebenen Verbrechen straflos, III. 373.
*—, zu einem blos subjectiv vorausgesetzten Verbrechen, II. 405.
*—, oder Miturheberschaft? I. 260.
*—, zu böslichem Bankerott, IV. 19.
*—, s. a. Anstiftung.
*Bekanntmachung des Actenschlusses, daneben die Vorhaltung nach Art. 362₂ nicht erforderlich, VI. 122.
*— — —, soweit nicht unbedingt Verstöße gegen Art. 117. 243₃. ibid.
*Bekanntmachung, des Erkenntnisses, s. Strafantrag.
Bekenntniß, „einen Vorschuß erhalten zu haben" begründet nicht an sich die Klage auf Rückforderung, II. 154.

Digitized by Google

* Beleidigung, Wesen, II. 283.
* —, durch Vorhalt einer an sich nicht ehrenrührigen Thatsache, I. 416.
* —, kann auch in Civilprozeßschriften vorkommen, V. 244.
* —, von Personen denen besondere Achtung gebührt, I. 87. VI. 439.
* —, des Dienstherrn gegen das Gesinde, §. 51 der Gesinde-Ordn. III. 441.
* —, thätliche, Züchtigung von Dienstboten, III. 51.
* —, —, und leichte Körperverletzung, prozessuale Behandlung, II. 559.
* —, s. a. Retorsion, und Strafantragsrecht, II. 178.
Beneficium cedendarum actionum, V. 472.
— competentiae, alimentationspflichtiger Verwandten, durch Entäußerung eines Vermögenszuwachses nicht verloren, III. 177.
— excussionis, cessirt nach vergeblicher Ausspfändung des Hauptschuldners, II. 321. — desgl. wenn der Bürge an einem bestimmten Tage zahlen versprochen, II. 232. III. 287. — desgl. i. Z. beim constitutum debiti alieni, II. 231.
— restitutionis in integrum, s. diese.
* Benutzung, widerrechtliche, Art. 330 StGB. nicht bei Immobilien anwendbar, II. 191.
Bergreservat, Begriff und Verhältniß zum Vorkaufsrecht, VI. 505.
* „Berufsarbeiten," „zu B. unbrauchbar" in Art. 167, 1 StGB., I. 310.
* Berufung, Erweiterung der speciellen B. nach Ablauf des decendii unzulässig, III. 389.
* —, s. a. Kostenpunkt, Rechtsmittel, Staatsanwalt.
* Beschädigung oder Zerstörung fremden Eigenthums zum Zweck des Diebstahls, VI. 91.
* —, öffentlicher Bauwerke, IV. 312.
* —, von Brücken, Kunststraßen u. s. w. was darunter begriffen wird, VI. 280.
* „Beschimpfende Form," IV. 420.
Beschlagnahme, s. Arrest.
* Beschluß über Eröffnung der U., dessen Kundgebung an den Angeschuldigten ist wesentliche Formvorschrift, I. 279.
* Beschlußfassung, die Nothwendigkeit derselben tritt nicht unbedingt bei nur eventuell gestellten Anträgen ein, V. 149.
* —, Rechtsmittel des Angeklagten wegen unterlassener B. VI. 94.
Besitz- und Eigenthumserwerb durch Stellvertreter, VI. 486.
Besitzact, s. Verjährung, erwerbende.
Besitzentsetzung oder Besitzstörung? V. 43.
Besitzrechtsmittel, in Bezug auf an Eisenbahnkörpern erworbene Befugnisse, III. 183. — s. a. possessorium.
„Bestmöglich", Auftrag zum „b." Einkauf oder Verkauf, V. 274.
* Betrug, crimineller und civiler, Unterschied, II. 78.
* —, „Täuschung" in Art. 284 StGB., III. 324.
* —, durch Täuschung über den Werth an Zahlungsstatt gegebener Papiere III. 380.
* —, durch Ausgabe devalvirter Werthpapiere, V. 419.
* —, durch geschäftliche Empfehlung eines insolventen Käufers, I. 270.
* —, ob anzunehmen, wenn die Täuschung zu Verdeckung eines Eigenthumsverbrechens verübt? I. 417.
* —, oder Abgabenhinterziehung? II. 80. IV. 306.
* —, wahrheitswidriges Klagvorbringen i. d. R. nicht B., III. 247.
* —, ob durch wissentliche Annahme einer Mitschuld? II. 481.
* —, prävalirt der concurrirenden Unterschlagung, IV. 308.
* —, ausgezeichneter nach Art. 285 1b. StGB., II. 187.
* —, gewöhnlicher oder bei Verträgen? III. 324.
* —, bei Verträgen, leichtsinniges Aufborgen, I. 523. III. 104. — s. a. leichtsinniges A.
* —, in Vertragsverhältnissen nach Art. 286, setzt nicht die ausdrück-

Digitized by Google

liche Bezeichnung der unternommenen Gegenleistung voraus, V. 421.
* Betrug, in Vertragsverhältnissen, (nach Art. 286, 2) Seiten des Abkäufers, IV. 67.
* —, —, (nach Art. 286, 3), Creditbetrug, I. 271. 418.
* —, durch Fälschung qualificirte (Rechtsfall) IV. 553. — s. a. Concurrenz.
* —, ausgezeichneter s. a. Advocat, leichtsinniges Aufborgen, Telegraphische Depeschen.
Beweis, Ausführung des im Verfahren vorliegenden Stoffs, II. 507.
—, der Ehelichkeit eines Kindes, III. 480.
—, des ausländischen Rechts, I. 471.
—, künstlicher der Simulation, Arglist, wie dessen Resultate zu beurtheilen? II. 372.
—, daß solcher in der Anlage verfehlt, kann u. U. vor Abhörung der Zeugen und ohne Absetzung des Hauptverfahrens erkannt werden, IV. 25.
—, Erkenntniß auf doppelte resp. successive Be- und Gegenbeweise, V. 525.
—, Aussagen der Zeugen zu den Artikeln und Fragestücken sind als ein Ganzes aufzufassen, II. 368.
—, voller durch zwei Zeugen, wie? II. 367.
—, Artikel: „was weiß Zeuge von ꝛc." zulässig, II. 509.
—, zum ewigen Gedächtnisse, Induction, III. 458.
* Beweisaufnahme, nach Schluß der Hauptverhandlung, VI. 287.
Beweisfrist, deren Lauf bei Appellation gegen das Interlocut, III. 259.
—, Recht der Civ.-Proc.-Nov. V. 1. 13.
Beweislast, bei Fundirung der Klage auf eine Negative, II. 361.
—, beim Handel „auf Besicht," „Probe," I. 555.
—, beim Handel „nach Probe" ꝛc., I. 555. IV. 83. 111. VI. 266.
—, in Betreff des ausländischen Rechts, II. 360.
Beweislast, bei der Klage auf Rückgabe der Pachtcaution, II. 441.
—, — actio negat. restricta, II. 329.
—, — Bedingung, s. Klaggrund.
—, — cond. indebiti, I. 353.
—, — exc. n. r. a. c. des Pachters, I. 217.
—, — lex commissoria, I. 475.
Beweismittel, Substitution Anderer an Stelle Verlorener II. 1.
* Beweismittelliste, darf ohne Anberaumung neuen Termins nicht vermehrt werden, IV. 315.
* Beweistheorie, aufgehoben, II. 420.
* „Bewohnte Gebäude", in Art. 277 4. 278. StGB.. II. 181.
* Bewohntes Gebäude, welche Räumlichkeiten sind als in dems. befindlich anzusehn? VI. 86.
„Bezahlen", Bedeutung in einer Eidesnotul, II. 60.
* Bezirksgericht s. Competenz, Unzuständigkeit, Voruntersuchung.
Bezirksthierärzte, Beweiskraft ihrer Zeugnisse, IV. 362.
* Bigamie, s. Doppelehe.
* Bindfaden, als Verschlußmittel im Sinne Art. 278 1 b., I. 267. III. 57. V. 418.
Börsenchoursnotiz, Auslegung eines darauf Bezug nehmenden Vertrags, II. 305.
Börsenpreis. Was? IV. 531.
* Bordelle, s. Anwerben.
* Brandbeschädigung, s. Zündstoffe.
Brandstiftung, culpose, Schädenklage der LJBrBAnstalt, III. 179.
* Brandstiftung, Beweis des dolus, Erforderniße, I. 314.
* —, „andere dergleichen Gegenstände" in Art. 208. StGB., II. 261.
* —, an Anpflanzungen, I. 86.
* —, s. a. erheblicher Schade.
Brandvergütungsgelder, Pertinenz der area, III. 407.
Buchhandel, Verhältniß zwischen Verleger und Sortimenter, in Bezug auf namhaft gemachte Subscribenten, III. 285. s. a. Subscribent, I. 36.

Digitized by Google

Bürge, die Forderung des B. und des Gläubigers kann im Concurse nur einmal locirt werden, IV. 186.
—, ist i. Z. nicht zur Rechnungslegung pflichtig, V. 275.
—, mehrere B. haben an sich nicht gegen einander den Regreß, VI. 134.

Bürgschaft, qualificirtes Mandat oder Kauf? VI. 301.
—, s. a. beneficium c. a. und excuss. und Ehefrau.
*Capitalstraffachen, Form der Verhandlung vor dem OAG., II. 201.

Cardinalfehler, s. praesumtio tridui, V. 266.

Causa, Vereitelung der c. bei ob rem datio durch Zufall, V. 258.
*Causalzusammenhang, s. Zusammenhang.

Cautio pro expensis, s. exceptio, V. 76.

Caution, Fideicommissarische, Erlaß, IV. 128.

Cautionshypotheken, sog., Anwendbarkeit der Bestimmung in §. 146 des Hyp.-Ges. auf solche, I. 110.
—, wegen Illaten, s. Ehefrau.
—, im Concurse können neben dem Betrage einer s. g. C. nicht Verzugszinsen locirt, wohl aber Judicatszinsen beansprucht werden, IV. 185.

Cedent, lebt C. und Cessionar im Auslande, so muß auf betr. Verlangen jener schwören, III. 454.

Cession, binglicher Befugnisse überträgt solche ohne quasitraditio, I. 363.
—, einer hypothek. Forderung gegen den Schuldner und Dritte erst durch den Eintrag wirksam, III. 223.
—, des Pachtvertrags? Cassatorische Clausel, VI. 303.
—, zukünftiger Pachtgelder, VI. 306.
—, einer Forderung „zu mehrerer Sicherheit" nicht Verpfändung, II. 228.
—, „eventuelle", „zur Sicherstellung" desgl., III. 295.
Cession, in vim cessionis oder assignationis? III. 464.
—, Form für das Mandat zum Incasso, V. 17.
—, mehrfache, Priorität entscheidet den Vorrang, VI. 400.
—, streitiger Forderungen, deren Verbot h. z. T. unpractisch, VI. 53.
—, wirkt das Versprechen nicht zu cediren, dem Cessionar gegenüber? IV. 466.
—, Bedingung der Benutzung von Geständnisses des Cedenten Seiten des Cessus, II. 510.
—, s. a. Acceptation, debitor cessus, Recognition und Wechsel.
Civilgesetzgebung, in Sachsen, Ueberblick derselben, VI. 193.
*Civilprozeßschriften, s. Beleidigung, Verläumdung.
Civilprozeßweg, wegen Regresses des ex jure publico Pflichtigen, I. 373. — s. a. Competenz.
Civilsache, s. Präjudiz.
Clausula cassatoria, Abwendung des Eintritts durch Realoblation, II. 150.
— —, beim Leibrentenvertrag, IV. 35.
— —, beim Pachtvertrag, V. 448. — Cession, VI. 303.
— —, s. a. lex commissoria.
Codicillarclausel, s. testamentum.
Collation, muß nicht realiter erfolgen, formelle Behandlung, III. 310.
Collationspflicht, im engern und weitern Sinne, VI. 395.
*Collectivinjurie, wann eine solche nicht anzunehmen, VI. 108.
Collision, der Gesetze (Rechte) verschiedener Staaten, I. 471.
— —, in Betreff auf Alimentationsansprüche, II. 526.
— —, im Concurs, I. 545.
Commissionär, qualificirtes Retentionsrecht, s. Wechsel.
Commissionshandel, Verkauf der marktgängigen Waare Seiten des Einkaufscommissionärs zu Beschaffung der vom Committenten verweigerten Deckung, IV. 111.
—, Auftrag zu „bestmöglichem" Ein- oder Verkauf, V. 274.

Digitized by Google

Commissionsvertrag, oder Kauf? III. 504.
Communicationswege, Instandhaltung, Observanz, II. 323. — s. a. Civilprozeßweg, I. 373.
Compensation, mit verjährten Forderungen, im Fall vorhanden gewesener Coexistenz zulässig, I. 20.
—, mit rechtskräftig aberkannten Forderungen, unzulässig, I. 20.
—, im Concurs, gegen den Gütervertreter, I. 22.
—, mit dem turpiter datum unzulässig, II. 541.
—, des Ehemannes gegen Illaten, IV. 324. — Hypothekenlöschung in Folge dessen, ibid.
—, mit einem unbetagten Darlehn, V. 453.
*Compensation, s. Retorsion.
Competenz, des Handelsgerichts, z. L. s. dieses.
—, der Justizbehörde in Mühlenstreitigkeiten, II. 468.
—, —, wegen Regresses des ex jure publico Pflichtigen, s. Civilprozeßweg, I. 373.
—, in Betreff der private Interessen störenden Benutzung öffentlicher Flüsse, VI. 219.
—, in Betreff eines Streites über Verpflichtung zu Unterhaltung einer Brücke über einen öffentlichen Fluß, VI. 220.
—, zu Setzung eines Mahlpfahls, II. 469.
—, bei Streitigkeiten über Mühlen- und Wehranlagen, V. 183.
—, s. a. Incompetenz.
*Competenz, des Einzelrichters nach Art. 44 StPO., nicht für Creditbetrug, II. 266. — dahin gehört Hinterziehung von Abgaben, II. 267.
*—, ein Verstoß gegen die Vorschrift Art. 58 Abs. 2. StPO. führt keine Nichtigkeit herbei VI. 42.
*—, das Bez.-Gericht schließt bei Concurrenz von Verbrechen die des Einzelrichters aus, VI. 118.
Compromiß, in arbitrium des Mitcontrahenten ungültig, I. 33.
—, auf mehrfaches septiduum, Verlegung des Rechtstermins, darauf ist das Mand. v. 1. April 1824 §§. 4 und 7 nicht zu beziehen, II. 353.
Compromiß, wegen Anticipation des Publicationstermines, darauf ist das Mand. v. 1. Apr. 1824 nicht anwendbar, I. 67.
—, auf Eid, s. Eid.
—, auf Schiedsspruch, s. diesen.
*Concurrenz, Diebstahl, Anwendung v. Art. 277 1. StGB., II. 169.
*—, einfacher und qualificirter Diebstähle, Strafe, II. 258.
*—, ideelle, von Unterschlagung und durch Fälschung qualif. Betrug, II. 80.
*—, —, von Verheimlichung der Geburt und culposer Tödtung, III. 437.
*—, beim Wucher, s. diesen, III. 385.
*Concurrenz, s. a. Competenz und Zusammentreffen.
*Concurrenztheorie, des Art. 78., Folgen der Erledigung der Einsatzstrafe in IIda, I. 274.
*Concurrenzzusatz, an dessen Stelle hat nach Wegfall der Strafe des Hauptverbrechens der Richter erster Instanz die selbstständige Strafe auszuwerfen, IV. 49.
Concurs, Accord nach der Preuß. Conc.-Ordn. v. 8. Mai 1855 §. 190 fg. in Sachsen wirksam, III. 114.
—, außergerichtlicher, s. unter Concurs privater.
—, Cession einer hypothekarischen Forderung, III. 223.
—, Collision der Gesetze, I. 545.
—, Einfluß auf die actio hypothecaria, I. 385.
—, muß den vom Cridar über sein Grundstück abgeschlossenen Kauf erfüllen, wenn vor dem C. übergeben gewesen, I. 394. 403.
—, Judicatzinsen, von wenn ab bei der Nachwehe? VI. 398.
—, Kosten der vor Ausbruch des C. angelegten Sequestration, wenn Massefchuld? II. 143.
—, „letzte Krankheit" des Gemeinschuldners, was? IV. 419.

Digitized by Google

Concurs, Litisreassumtion des cur. bon., Folgen i. B. der Kosten, I. 182.
—, Nachforderungsrecht, III. 276.
—, s. g. privater, dessen Anbahnung kann den förmlichen nicht hindern, I. 383, — dessen Bedenken V. 17.
—, Rescission des vom Cridar als Verk. mit der Ehefrau geschlossenen Immobilienkaufs, I. 369.
—, Separationsrecht des Cessionars, VI. 234.
—, Subhastation, s. diese.
—, tangirt nicht die Hypothekarien, wenn vorher subhastirt, I. 154. VI. 185.
—, Unanwendbarkeit der l. 14. §. 2. C. de non num. pes. bei Seiten des Cridars, insolvent, ohne Zahlung geleisteter Quittung, IV. 520.
—, Verzugszinsen, von Illaten, inwieweit im Concurs zu lociren? VI. 336.
—, Vindication nach §. 20 des Banqu.-Mand. v. 20. Decbr. 1766 nicht zulässig, wenn der Cridar nicht Kaufmann, III. 272. — in genere verkaufter Waaren, III. 274.
—, zum Vermögen eines socius, Rechtsverhältniß zum Anderen, III. 72.
—-Prozeß, Anmeldung zwischen der Edictalladung und dem Liquidationstermin wirksam, II. 132.
—=—, — eines nach dem Resc. v. 14. Juni 1728 Privilegirten innerhalb des decendii der Locatoria, II. 144.
—-—, Anwendung dieses Resc. auf Inhaber von Credithypotheken III. 271.
—=—, Aussetzung der Verificirung von Liquidationen bis zu Constatirung eines Perceptionsquanti i. Z. unzulässig, III. 522.
—=—, der Cur. litis. ist nie zur Reconvention zu verweisen, III. 240.
—=—, Ermittelung der Insolvenz, I. 240.
—-—, Forderungen über 200 Thlr. bedürfen i. Z. förmlichen Beweises, III. 137.
Concurs-Prozeß, formelle Behandlung von Urtheln und Appellationen bei s. g. Nachwehen, II. 14.
—-—, Illatenbeweis, I. 382. — Geständniß des Ehemannes. — Erklärung des Curators, VI. 236.
—=—,—, das der Ehefrau zustehende benef. rest. durch Rechtskraft, der locatoria erledigt, VI. 188.
—-—, Liquidation, wie? I. 192.
—, Rechtsmittel der Concurscuratoren gegen die Distributoria ist unzulässig, IV. 33.
—, s. a. actio doli, actio Pauliana, Anschluß, Appellabilität, Arrest, Bürge, Cautionshypothek, Compensation, Edictalien, Ehefrau, Jagdrecht, Nachforderungsrecht, Remedium gratificationis, Verjährung, Wechsel.
* Concurs, Veräußerungen vor dessen Ausbruch, wieweit nicht strafbar, VI. 38.
Condictio, causa data, causa non secuta, nach Auflösung eines Verlöbnisses, II. 315.
—, indebiti, Begründung, Beweislast, I. 353.
——, wenn mit Vorbehalt der Rückforderung gezahlt, II. 227.
——, in Bezug auf einen nach Schlußberechnung ausgezahlten Saldo, IV. 491.
—, Zinsen, IV. 495.
—, ob turpem causam, zu Anfechtung eines Vergleichs, I. 34.
——————, zur Lehre von der c. o. t. c., IV. 495. VI. 67.
— sine causa, im Executionsprozeßwege nicht ausführbar, I. 190.
Condiction, der Wechselzahlung nach Abweisung der Wechselklage in der höheren Instanz, VI. 79.
Confessio ficta, schließt die Prüfung der Schlüssigkeit der Klage nicht aus, I. 64.
Consens, elterlicher — dessen Verweigerung, s. Dotationsanspruch, I. 46.
Consenssupplirung, erledigt den betr. Enterbungsgrund, III. 303.

Digitized by Google

Consensverweigerung, nicht begründet durch feindselige Gesinnung der Eltern gegeneinander, I. 246. — anticipirten Beischlaf, I. 247. — Beschimpfungen und Mißhandlungen Seiten des eigenen Kindes, I. 248.
Constitutum debiti alieni, Vorausklage? II. 231.
Constitutum debiti proprii, zur Lehre vom Anerkennungsvertrage, IV. 280.
———, als ein solches hat nicht jedes Zugeständniß der Schuld zu gelten, IV. 502.
———, Erforderniße eines als selbstständiger Verpflichtungsgrund zu benutzender C., VI. 322.
— possessorium, beim Kaufe wirksam, I. 148. V. 282.
*Consumtion, denkbarer Richtungen der Privatanklage, durch Wahl der Einen, II. 560.
Contocorrent mit Saldo zu Lasten des Ausstellers, enthält ein Schuldanerkenntniß, II. 27.
—, Annahme und Behalten eines C.'s involvirt nicht dessen Genehmigung, VI. 271.
Contocorrentverhältnisse, Anatocismus? I. 289.
—, s. a. Replik, V. 37.
*Contumacialverfahren, Fall des Art. 319. StPO., Rechtsmittel, II. 94.
„Contumax non excipit", nicht anwendbar bei fehlerhafter, jedoch rechtzeitiger Einlassung, III. 239.
Contumaz, des Beklagten, nur bei schlüssiger Klage, I. 64.
—, Mangel punktweiser Einlassung bei sonstiger deutlicher Erklärung über die Klage unschädlich, I. 66. V. 97.
—, —, welcher in Bezug auf Thatsachen, bei denen er selbst concurrirte, litem „nesciendo", contestirt, I. 449.
—, durch Fehler der Citation ausgeschlossen, V. 216.
—, durch nicht oder nicht gehörig Legitimirte ausgeschlossen, II. 249.
—, tritt nicht ein, wenn die Prozeßlegitimation des Gegners nicht in Ordnung, I. 372. — s. a. Vollmachtsblanquet.
Contumaz, s. a. Einlassung, negotiorum gestio, Vater, Vollmachtsblanquet.
Copie, beglaubt nach einer einfachen Abschrift, inwiefern doc. publicum? IV. 365.
—, — nach dem Concept, III. 369.
—, — von einer anderen Behörde als der, von welcher das Orginal herrührt, IV. 364.
—, extractweise, beglaubte, Beweiskraft, IV. 365.
—, von nicht gerichtlichen Generalvollmachten und Substitutionen? IV. 548.
*Coupons, Werth, III. 248.
Courszettel, s. Börsencoursnotiz, II. 305.
*Creditbetrug, durch Ausgabe oder Verkauf eines gefälschten Wechsels, I. 418. — s. a. Betrug, I. 271.
*—, gehört zur Competenz des BG.'s, II. 266.
Creditpapiere, s. Lieferungskauf, und Papiere au porteur.
Credulitätseid, der Schwurmänner, V. 516.
Criminalsache, s. Präjudiz.
Culpa, beim Mandat, V. 173.
Culpose Brandstiftung, Schädenklage, III. 179.
*Culpose Unterlassungen, fallen unter den Begriff der aus Unbedachtsamkeit vorgenommenen Handlungen Art. 7. Ges. Beschäd. d. E. B. betr., V. 430.
*Culpose Verbrechen, s. Erfolg und Zusammenhang.
Cumulation, des Eidesantrags mit Zeugen (Fragstücke) unzulässig, III. 112. — auch wenn nur eventuelle, II. 7.
—, eventuelle des Eidesantrages mit Documenten, solchen Falls kann Product Leistung des Editionseides verlangen, I. 169.
Cura status, auf Ansuchen, I. 159.
Curator status, s. Wechselprozeß.

Digitized by Google

Custodia, der arrestirten Sache, III. 523.
Darlehn, in Papieren au porteur, III. 89.
—, unbetagtes, Rückzahlbarkeit, V. 453.
Datio in solutum, Wesen, Verhältniß zum Kauf, II. 218.
———, oder was sonst? Rechtsfall, VI. 486.
———, des Pfandes zulässig, II. 228.
Datirung, unrichtige der Cession eines Wechsels vitiirt das Document als guarent., II. 427.
Datum, einer Privaturkunde, s. Urkunde.
Debitor cessus, muß die Cessionsurkunde recognosciren, I. 167.
Decendium, s. Appellabilität 2c.
*—, läuft erst mit vollständiger Publication des Urthels und der Nationen, I. 326.
*—, s. a. Rechtsmittel.
Defecturverfahren, dahin gehören nicht Streitigkeiten über Außenstände und Passiven, II. 147.
—, desgl. über Veräußerungen des Erblassers und diesfallsige Pflichttheilsverletzungen, III. 462.
—, s. a. Rechnungsprozeß.
*Defensor, Taxordn. §. 78, schließt Kosten für nothwendige Reisen des D.'s nicht ein. III. 198.
Definitive, freie Beurtheilung des Rechtsverhältnisses, II. 366.
—, s. a. Beweis, IV. 25.
Delatum und relatum, wenn gleichzeitig über dieselbe Thatsache, I. 456. s. a. Eid.
*Deponirte Gegenstände, wer wird bei deren widerrechtlicher Aneignung verletzt, V. 139.
Deposition, des Pfandschuldners, VI. 408.
Depositum, s. actio depositi.
Dictum et promissum, I. 560. VI. 274. s. a. Kauf.
*Dieb, bei der That oder auf der Flucht betroffener, VI. 87.
*Diebstahl, einfacher, „Inhabung" in Art. 272. StGB., II. 184.
*Diebstahl, oder Unterschlagung? II. 185.
—, oder Fundunterschlagung? III. 53. — s. a. verlorene Sachen,
*—, oder Entwendung zur zeitweiligen Benutzung? II. 86.
*—, am vom Gastwirth verabreichten Trinkgeschirr, II. 77. — s. a. Entwendung.
*—, dessen Object ist nur das mit der Absicht rechtswidriger Aneignung Ergriffene, V. 417.
*—, an Theilen eines Gegenstandes, wie der Werth des Objectes zu bemessen? VI. 444.
*—, s. a. Object 2c.
*—, nach Art. 277. StGB. einfacher, mit erschwerenden Umständen, no. 3, ob auf Wilddiebstahl anwendbar? II. 179.
———, no. 4 I. 305. II. 180. III. 55. no. 4. 7., I. 318.
———, no. 5 „bewohnte Gebäude", II. 181 — s. a. Nachtruhe.
———, no. 7. I. 267. 318. II. 169.
*—, ausgezeichneter, nach Art. 278. oder Unterschlagung aus einem nicht widerrechtlich in Besitz genommenen fremden verschlossenen Behältnisse? I. 500. III. 102.
———, no. 1b., Zerschneiden des Fadens, I. 267. III. 57. — Berücksichtigung des Straferhöhungsgrundes des Art. 277 innerhalb des Strafmessers, I. 267, — Erbrechen des Behältnisses außerhalb des Standortes, I. 269. II. 260.
———, no. 2, mittelst des ordnungsmäßigen Schlüssels, II. 76, — „falsche Schlüssel", II. 543, — durch qualificirte Entwendung des Schlüssels, III. 377.
*———, no. 3, Einsteigen vom geschlossenen Hofraum aus, I. 268. — Einkriechen, I. 269.
*——, no. 4, „bewohnte Gebäude", II. 181, „geschlossener Hofraum", II. 183. III. 378.
——, s. a. Erbrechung, Mitbewohner, Versuch, Zubinden.
—, besonders ausgezeichneter, nach Art. 280 StGB., „Waffe", I. 270.
———, „mit Waffen versehen", III. 246.

Digitized by Google

* Diebstahl, besonders ausgezeichneter, dabei der Zweck der Behauptung des Entwendeten nicht erforderlich, IV. 551.
* — — —, wenn muß die Waffe zur Hand genommen sein? VI. 442.
Dienstbote, s. Dienstherr.
* —, Züchtigung, III. 51. 441.
* —, kann im Wohnungsbereich des Dienstherrn von Dritten zurückgelassene Sachen nicht finden, III. 53.
Dienstcaution, Erfordernisse der Klage auf Rückgabe einer D. VI. 410.
Dienste, vom Sohn der Mutter geleistet i. Z. nicht zu vergüten, II. 445.
Dienstentlassung, eines Handlungsgehilfen, intempestive, Schädenanspruch, IV. 473.
—, eines Schichtmeisters, s. dieser.
Dienstherr, in wiefern er wegen gefährlicher Aufträge haftet, II. 21. V. 272.
* Dienstkleidung als Gegenstand qualifizirter Unterschlagung, VI. 285.
Dienstmiethe, s. Dienstherr und loc. cond. operarum.
Dies interpellat pro homine, nicht anwendbar beim d. certus an, incertus quando, V. 51.
Diffessio, quoad contenta, in der Wiederklage, I. 377.
— — —, s. a. Wechselprozeß.
Diffessionseid, Erbieten zum D., V. 509.
Directoren, einer Actiengesellschaft gelten i. Z. als Institoren, III. 282., s. a. Vertragsschluß, III. 280.
Discont, Sconto, Decort, Rabatt, V. 228.
—, Verwilligung „für den Fall der Zahlung binnen ....“ enthält nicht Creditgeben über die betr. Frist, I. 559.
Dismembration, ist i. Z. vom Verkäufer zu besorgen, V. 270.
Dispositionsbeschränkung, nach §. 16 sub 7. des Hyp.-Ges. zu Gunsten des Abmiethers eingetragen, I. 193. — vertragsmäßige, I. 202.
Dispositionsstellung, unbestellt zugesendeter Waaren, wenn Pflicht? I. 551.
—, nachträgliche Annahme eines Theiles, I. 129.
—, beim Lieferungskaufe, II. 151. V. 157.
Distributoria, s. Appellabilität und Concurs.
Dividende, s. Actionär.
Documentum, guarentigiatum, Requisite, I. 186. 540. III. 112. — s. a. Datirung, II. 427. Executivprozeß, Geständniß und Urkunde.
* Dollmetscher, dessen Function darf nicht zugleich vom Richter übernommen werden, IV. 164.
Doli replica, gegen die exc. n. n. p., I. 30.
Dolus bonus, I. 547.
—, causam dans und incidens, beim Erbvergleich, V. 64.
—, s. a. Handelsfrau, I. 70.
* —, bei der Brandstiftung, Beweis, Erfordernisse, I. 314.
* —, bei der Verbreitung staatsgefährlicher Lehren, II. 69.
* — indeterminatus, s. Unterschlagung.
Dominium, metaphorische Benutzung des Worts, III. 464.
Donatio honoris causa, VI. 329.
—, inter conjuges, VI. 329.
—, — uiuos oder mortis causa? IV. 280. 323. — Form der m. c. donatio, IV. 281. — Erbvertrag? ibid.
—, remuneratoria, IV. 285.
* Doppelehe, Milderungsgrund des Art. 271, 1 StGB. III. 52.
Dos, s. Ehefrau.
Dotalgrundstück, nützliche Verwendungen, III. 486.
Dotationsanspruch, nicht alterirt durch Consensverweigerung, I. 46.
Dresdener Miethregulativ, I. 239. V. 558. VI. 337. fg.
* Drohung, s. Bedrohung.
Dummkoller, nicht Cardinalfehler, II. 310. V. 52.

Digitized by Google

Edictalien, im Concurse zum Vermögen eines Kaufmannes, VI. 235.
—, Behufs Ermittelung unbekannter Erben berühren nicht die dem Gericht bereits bekannten Erbprätendenten, VI. 188.
—, Behufs Ermittelung der Erben eines solventen Nachlasses ist nicht an die Gläubiger zu richten, IV. 392.
—, Behufs Löschung alter Hypotheken, VI. 247.
Edictalprozeß, außerhalb des Concurses, auf solche ist das Rescr. v. 14. Juni 1728 nicht anwendbar, I. 378.
Edition, welcher Urkunden kann gefordert werden? III. 456.
—, wie hat sich Product über den Nichtbesitz einer Urkunde zu erklären? III. 457.
Editionseid, nicht durch Zeugniß über Nichtexistenz der Urkunde erledigt, I. 168.
—, dessen Leistung kann im Falle eventueller Cumulation des Eidesantrages der Product verlangen, I. 169.
—, des Pfarrers, s. Urkunden, IV. 27.
Editionsgesuch, nach der Civ.-Proz.-Nov., V. 117.
Eheannullation, wegen mangelnder Integrität der Frau, II. 338.
—, wegen quasiadulterium, II. 338.
—, wegen versicherter, jedoch mangelnder Integrität des Mannes, II. 337.
—, wegen Epilepsie, I. 76.
—, einer ipso jure nichtigen Ehe durch Richterspruch nicht erforderlich, I. 250.
Ehefrau, Contumaz im Prozesse, IV. 352.
—, erwirbt für sich, wenn sie mit des Mannes Gelde kauft, Lotterie spielt, II. 159.
—, Illaten, benefic. rest. i. i., solches hat die E. in Illatenprozessen, I. 178.
—, —, —, Verlust im Concurs in Folge Rechtskraft der Locatoria, VI. 188.
Ehefrau, Illaten, Beweis im Concurs, Gewicht älterer Bekenntnisse des Ehemanns, I. 382.
—, —, Cautionshypothek, die E. der E. wegen J. kann der dritte Besitzer wider deren Willen nicht zur Löschung bringen, II. 44.
—, —, —, die E. kann in Betreff inferirten Mobilien den Illationswerth eintragen lassen, V. 287.
—, —, Fall der Geisteskrankheit des Ehemannes, V. 60.
—, —, Mitdisposition der E., V. 484.
—, —, Restitution während der Ehe i. Z. nicht Schenkung, I. 358.
—, —, Rückforderung im Fall der Verarmung des Ehemannes, IV. 533.
—, —, Verzugszinsen, s. Concurs.
—, —, zu berücksichtigen bei der Frage: ob Insolvenz vorliege? I. 160.
—, Illation von Staatspapieren, die E. behält an sich das Eigenthum, Fall der Veräußerung, II. 156.
—, —, durch Zahlung von Schulden des Ehemannes in Folge bürgschaftlicher Cautionsbestellung auf Grundstücken der E., IV. 117.
—, —, eines vom Ehemanne einem Dritten geschuldeten, ihr von diesem geschenkten Nomens, VI. 481.
—, —, Präsumtion für solche, II. 159.
—, Intervention nach §. 55. des Exec.-Ges. Mobilienkäufe ꝛc., I. 52.
—, Klage der E. auf das dem Ehemanne gegebene Mitgiftversprechen des Dritten, VI. 332.
—, —, auf Außenstände, derselben steht ein von ihr ohne ehemännlichen Consens abgelegtes Empfangsbekenntniß entgegen, I. 144.
—, —, der getrennt lebenden E. auf Alimente, Competenz, II. 238.
—, —, derselben auf Alimente für die Kinder, IV. 43.
—, negotia domestica oder oeconomica, II. 447.
—, privilegium exigendi, zu §. 21 des Mand. vom 4. Juni 1829, IV. 330.

Digitized by Google

Ehefrau, Rechtsgeschäft der E. ohne ehemännlichen Consens, i. Z. für jene unverbindlich, IV. 45.
—, —, in wiefern folgt aus der Anwesenheit des Ehemannes dabei dessen Consens? IV. 48.
—, —, auf eigenen Namen R. schließend, s. praesumtio Muciana, II. 158.
—, Handelsfrau, s. Wechsel.
—, —, Gewerbsbetrieb selbstständiger, Präsumtion für dessen Genehmigung Seiten des Ehemannes aus der Connivenz, I. 51.
—, Receptitien, Darlehn der Ehefrau, V. 55.
—, —, bedungene Verzinsung eines angeblich inferirten Nomen, V. 481.
—, —, Einfluß ihres Besitzes auf die Gültigkeit der Verträge der Ehefrau ohne Consens des Ehemannes — ob solche vorhanden kann nicht in der Executionsinstanz ermittelt werden, IV. 45.
—, —, die E. bedarf in ihre R. betr. Prozessen nicht des Beitritts des Ehemannes zur Vollmacht, I. 51.
—, Rescission der von ihr mit dem Ehemann über dessen Immobilien geschlossenen Kaufs wegen Insolvenz, s. actio Pauliana.
—, Verbürgung für den Ehemann, zu solcher bedarf es dessen Genehmigung, II. 34.
—, —, Belehrung dabei, IV. 512.
—, —, die Garantie für die Bonität einer verkauften Illatenforderung enthält keine der Solennität bedürfende, I. 52.
—, s. a. Alimentationsklage, Concurs, Einbringen, Wechsel, Wechseloperationen.
Ehemann, Beitritt zur Vollmacht der Ehefrau, nicht Cession, II. 476.
—, Fruchtgenuß nach Eingehung der Ehe vom inferirten Fundus, III. 480. s. a. Verwendungen.
—, Nutznießungsrecht am fundus dotalis mit Rücksicht auf Anfang und Ende der Ehe, V. 478.
—, —, des geisteskranken E. an den Illaten, V. 60.
Ehemann, Klagerecht des E.'s in Bezug auf auf den Namen der Frau außenstehenden Forderungen, VI. 413.
—, Vertrag des E.'s ohne Auftrag der Ehefrau bis zur Ratihabition verocabel, III. 46.
*—, Rechtsmittel für die Ehefrau, s. R.
Ehegatten, Pflichttheil, dessen Verlust durch Ehebruch, II. 355.
—, s. a. Schenkung.
Eheleute, pactum contra matrimonium, II. 235.
—, getrennt lebende, Erziehung der Kinder, I. 49.
*—, s. widernatürliche Befriedigung.
Ehemäklerlohn, I. 40. II. 540.
Eheprozeß, Ausflüchte wegen unterlassener Vorschützung im Termine nicht verloren, I. 256.
—, —, in II^da vorgebrachte, ibid.
—, Verurtheilung in contumaciam für den Eherichter nicht maßgebend, I. 257.
—, Präjudiz der Crim.-Sache für den E., IV. 434. 454.
—, Beweiskraft der Sühnezeugnisse, II. 345.
—, exceptio nouiter emergens, IV. 453.
—, Zwangsverfahren, IV. 451.
Ehescheidung, wegen adulterium consummatum, inchoatum, praesumtum, nicht attentatum, I. 251.
—, wegen Ehebruchs, Präjudiz der Untersuchungssache, IV. 434 fg. 454.
—, — wegen Drohungen, I. 78. 252.
—, — Ehebruchs, Verzeihung factische nicht anzunehmen, im Falle des Zwanges, II. 339.
— — —, — desgl. bedingte, Begriff, II. 340.
—, — erlittener Freiheitsstrafen, I. 78. 253.
—, — Gefahr der Ehefrau durch Leistung der ehelichen Pflicht, I. 79.
—, — Geisteskrankheit, II. 343.
—, — Insidien, subjectiver Thatbestand, II. 342.

Digitized by Google

Ehescheidung, wegen Mißhandlungen, I. 79. 252.
—, — quasidesertio, das Erbieten nach Beendigung des Zwangsverfahrens verspätet, II. 343.
—, — wegen Trunksucht, I. 253.
—, — Unzucht mit Kindern, unter dem Gesichtspunct der Sodomie, I. 77.
—, unversöhnlicher Haß kein Grund, II. 345.
Ehetrennung, zeitweilige von Tisch und Bett, deren Voraussetzungen ꝛc. I. 255.
*Ehrverletzung, s. Beleidigung, beschimpfende Form, Urtheil.
Eid, „perjurus non jurat" nicht auszudehnen auf den Fall des leichtsinnigen Falscheides, II. 127.
—, „mehr oder weniger" beim Kaufpreise? V. 509.
—, instructionswidrige Relation durch den Sachwalter i. Z. keine Restitution begründende Rechtsverletzung, VI. 172.
—, s. a. Schiedseid.
*Eid, nach Art. 375 StPO. auf den Privatankläger beschränkt, III. 394.
Eidesannahme, fingirte im Interventionsstreite, III. 460.
Eidesantrag, „daß Bekl. mit einer Waarengattung ein kaufmännisches Geschäft betreibe" unzulässig, II. 512.
—, „daß Bekl. die Waare in seiner Restauration verwendet habe" zulässig, III. 253.
—, „daß Beklagter ein Thier erschossen" zulässig, V. 39.
—, „daß Beklagter mit ꝛc. Handel betreibe" unstatthaft, IV. 97.
—, „daß Beklagter gewisse Arbeiten theils selbst, theils durch seine Leute bestellt und in Empfang genommen" zulässig, IV. 169.
—, „daß die Erben den Nachlaß unter sich getheilt" zulässig, IV. 357.
—, „daß Kläger so und so viel Cubikfuß Steine abgefahren" zulässig, IV. 355.
Eidesantrag, „daß Etwas mit dem Directorium eines Actienvereins verhandelt" unstatthaft, II. 511.
—, „daß Bekl. um die beigesetzten Preise erkauft" zulässig, VI. 223.
—, „mindestens", als Zusatz bei Summen, macht den E. nicht unzulässig, I. 171.
—, „über die Klage, so weit Klägern deren Beweis obliegen möge", II. 358.
—, über Thatsachen, worüber der Delat in der Rügensache das purgatorium geschworen, V. 223.
—, Recht der Civ.-Proz.-Nov., Erklärung über den E. über die Klage, V. 114, über die Exception, V. 114.
— Unschlüssigkeit desselben, V. 114.
— über Repliken ꝛc., V. 114.
—, s. a. Substitution, II. 1.
Eidesklage, auf Grund eines schriftlichen Vertrags, wie einzurichten? IV. 355.
Eidesleistung, durch Schwurmänner von Corporationen ꝛc., II. 128. V. 516.
—, frivole Verhinderung an solcher, Glaubenseid, II. 62.
—, — — — —, wenn bei Appellation nicht anzunehmen? VI. 472.
—, Wahlrecht des Vormundes, V. 511.
—, s. a. Cedent, III. 454. periurus und Schwörungstermin.
Eidesnotul, Abänderung einer rechtskräftig erkannten, II. 60. IV. 357.
—, Bedeutung des Wortes „bezahlen" in solcher, ibid.
Eidesrelation, über s. g. facta propria delati, deferentis aliena, an sich unzulässig, Ausnahmen, I. 455.
*Eidesstatt, Versicherung a. E., s. diese.
Eidliche Bestärkung von Verträgen, II. 331.
„Eigenmächtig", als Bezeichnung einer Besitzergreifung begründet nicht die Spolienklage, I. 170.
*—, „Blanquets e. ausgefüllt", in Art. 311 StGB., I. 527.

Digitized by Google

*Eigenthümer, s. Eigenthumsverbrechen.
Eigenthum, „Beibringung" bei der Negatorienklage, II. 42. 329.
—, metaphorische Benutzung des Wortes, III. 464.
—, natürliches an Grundstücken, I. 403.
Eigenthums- und Besitzerwerb durch Stellvertreter, VI. 486.
*Eigenthumsverbrechen, der durch ein solches Verletzte braucht nicht nothwendig Eigenthümer oder rechtmäßiger Besitzer zu sein, V. 245.
*—, Feststellung des Betrags, österr. Währung, II. 548.
*—, Strafe, Art. 299 StGB. III. 164.
*—, —, bei Concurrenz von Entwendungen nach Forst-StG. Art. 1₁ oder 3 mit solchen nach Art. 18, II. 189.
*— —, nach Art. 300 StGB., a linea 1. Anwendung, I. 522. III. 166. — bei Entwendung von Eßwaaren, II. 86. — Einfluß des Art. 88 StGB., II. 77. — im Verhältniß zu Art. 84 StGB., II. 173. — verb. Art. 12 StGB., III. 328. — verb. Art. 53 StGB., III. 382. — a linea 2, I. 420.
„Eimer", II. 303.
Einbringen, s. Ehefrau.
*Einbringen, widerrechtliches, in fremde Geheimnisse, was dazu gehört, V. 428.
*Einheit, des Beschlusses, s. fortgesetztes Verbrechen.
*Einhüten, von Vieh auf fremde Grundstücke strafbar, auch wenn keine Beschädigung, VI. 114.
Einkaufscommission, s. Commissionshandel.
*Einkriechen, s. Diebstahl, I. 269.
Einlassung, punktweise, Recht der Civil-Proc.-Novelle, V. 97. (s. a. Contumaz, I. 66.)
—, mit nesciendo in Bezug auf facta propria unzulässig, I. 449. V. 103.
Einrede, s. exceptio etc.
*Einsatzstrafe, wie solche zu bemessen? VI. 31.
*Einspruch, wenn E. mit gegen materielle Nichtigkeit gerichtet ist, vom B.-Ger. zu entscheiden, IV. 317.
*—, s. a. Nichtigkeit ꝛc., Rechtsmittel, Straffreisprechung.
*Einsteigen, s. Diebstahl, I. 268.
*Einstellung, der Untersuchung, darf der Untersuchungsrichter nicht selbstständig beschließen, IV. 20.
Eintrag, (ins Gr.- u. H.-B.) des Auszugs, nachträglicher, ohne Zustimmung des dritten Besitzers durch §. 41 des Hyp.-Ges. nicht gestattet, IV. 410.
—, Berichtigung irrthümlicher E., I. 59.
—, des Civileigenthums, dessen Nachweis erledigt den der Naturalübergabe bei der actio venditi, I. 31.
—, der Erziehungsverbindlichkeit, I. 97.
—, der Kohlenabbauverträge, I. 59.
—, einer Protestation, s. diese und Pacht- und Miethdifferenz.
—, Löschung eines nur conservatorischen E.'s im Resolutionswege zulässig, IV. 410.
—, — eines ungebührlichen E.'s eines Rechts, auf einseitigen Antrag des Verletzten im Resolutionswege unzulässig, IV. 408.
—, Zusage auf einem Grundstücke zu Gunsten eines anderen Etwas nicht vornehmen, eignet sich nicht zum E., II. 53.
*Einzelrichter, Ermessen der Spruchreife, schließt Rechtsmittel aus, II. 270.
*—, erstattet nicht Bericht nach Art. 47₂ StPO., wenn seine abweichende Ansicht in mitius, III. 332.
*—, ist bei einer ihm nach Art. 47 StPO. zugewiesenen Untersuchung an die Auffassung des BG.'s nicht gebunden, II. 267. — außer so weit die Unterstellung zu Gunsten des Angeschuldigten gereicht, III. 64.
*—, s. a. Competenz, Nichtigkeit, NB. und Rechtsmittel.
*Eisenbahnen, Beschädigung ꝛc. Anwendung der Strafbestimmun-

Digitized by Google

gen Art. 1—7 des Ges. v. 11. Aug. 1855 bei pflichtwidrigen Unterlassungen, I. 323.
* Eisenbahnen, s. a. culpose Unterlassungen.
Eisenbahnkörper, nicht extra commercium, III. 183.
Eisenbahnverwaltung, pactum ne dolus praestetur unwirksam, II. 527.
* Enderkenntniß, s. Unzuständigkeit.
Enterbung, eines Kindes wegen Verheirathung gegen den Willen der Eltern unzulässig im Fall der Consensssupplirung, III. 303.
—, des Ehegatten, II. 355.
* Entlassung, s. Haftentlassung.
* Entscheidung, des OAG.'s im AV., Verhältniß zum HV., I. 277.
Entscheidungsgründe, Rechtskraft in Bezug auf reprobirte Einwendungen gegen die Schlüssigkeit, I. 237. — s. a. Abweisung, Rechtskraft.
* „Entwendung, von Feld- ꝛc. Erzeugnissen, so lange dieselben noch nicht in den Gewahrsam des Berechtigten gebracht", in Art. 21 des Forststrafges., III. 169.
* —, eingetopfter Pflanzen aus Gärten, III. 71.
* —, von Eßwaaren ꝛc., Anwendung des Art. 300, II. 86.
* —, zur zeitweiligen Benutzung oder Diebstahl? II. 86.
* —, ohne Absicht der Aneignung wird durch Zurückbehalten des Entwendeten nicht zum Diebstahle, VI. 39.
Erbe, eines Rechnungsführers ist auf Rechnung nur im Rechtswege zu belangen, I. 138. — die diesfallsige Obligatio Mehrerer ist eine untheilbare, I. 139.
—, Specificationspflicht, III. 494.
—, s. a. actio depositi, Miterbe.
Erbeinsetzung, bei E. eines Dritten und des nächsten Intestaterben in re certa, eventuell auf den Pflichttheil, gebührt Letzterem der Ueberschuß, IV. 411.
Erbpacht, dessen Ablösung läßt i. Z. Reallasten unberührt, VI. 392.
Erbrecht, s. Intestaterbrecht.
* Erbrechung, gewaltsame, Begriff ders., IV. 424. VI. 461.
* —, —, Beispiele, IV. 16. 17.
* —, —, eines Behältnisses außerhalb des Gewahrsams des Bestohlenen, IV. 156.
Erbtheil, „bei der Verheirathung zahlbar", beim Tode des Erben fällig, III. 293.
—, „gesetzlich gebührendes" = Pflichttheil, VI. 163.
Erbvergleich, s. causa, V. 258. und dolus, V. 64.
Erbvertrag, oder donatio m. c.? IV. 281.
—, s. a. Testament, correspectives und reciproces.
Erbverzicht, eidlich erhärteter des minderjährigen Pubes nach gem. Recht wirksam, II. 331.
* Erfolg, bei culposen Verbrechen, VI. 278.
Erfüllungseid, bei inopia probationum, V. 41.
—, s. a. suppletorium.
* „Erheblicher Schade", wenn ein solcher bei Brandstiftung anzunehmen? VI. 106.
* Erkenntniß, wenn „abgefaßt" im Sinne des Art. 57 StPO., II. 268.
* —, s. a. Allegirung.
Erklärung, stillschweigende? II. 211.
* Ermessen, richterliches, Gesichtspunkte für solches in Bezug auf Untersuchungshandlungen, I. 529.
* —, des Einzelrichters in Bezug auf Spruchreife, diesfalls kein Rechtsmittel, II. 270.
* Erpressung, räuberische, oder Nöthigung, I. 312.
Error, in corpore, beim Kauf, I. 332. III. 501. — s. a. Irrthum.
* Ersatzleistung, nach Art. 296. 298. StGB., IV. 524.
* —, bei Unterschlagung, IV. 522.
* —, bei Felddiebstählen nicht Strafminderungsgrund, I. 89.
Ersitzung, s. Verjährung, erwerbende.

Digitized by Google

Erziehungsverbindlichkeit, deren Eintrag im Gr.- u. H.-Buche, I. 97.
Exceptio compensationis, inwiefern connex? V. 37.
— —, des Stuprators auf Grund der Zahlung des Constuprators, III. 178.
—, congressus cum pluribus nicht durch Ehe des Constuprators mit der Stuprata erledigt, V. 277.
—, deficientis cautionis pro expensis, Bürgschaft des Sachwalters, V. 185.
—, — — — —, Wegfall bei liquider Schuld des Beklagten, V. 76.
— excussionis, siehe beneficium e.
— fori incompetentis, wie zu salviren? I. 62.
— generalis? V. 520.
— in continenti liquida, Spruchformel, V. 407. — s. a. exc. l. i. i.
—, inepti etc. libelli, nicht durch Contumaz ausgeschlossen, I. 64. — durch Zugeständnisse erledigt, I. 65.
— litis ingressum impediens, kann nicht durch Privaturkunden bewiesen werden, II. 385.
—, — — —, gegen die hered. petitio qualif., s. Testament, I. 229.
—, — — —, wenn muß die Replik der Klage inserirt werden? III. 312. IV. 335. V. 37.
— litis pendentis, bei der Compensation, VI. 53.
— — —, hat sie der Solidarschuldner? V. 524.
— — —, s. a. Litispendenz, Verjährung, V. 408.
— — — et praeventionis, II. 503. V. 220.
— non adimpleti contractus, Uebergang dieser Einrede in die exc. n. r. a. c. beim Kauf nach Probe in Folge Disposition über die Waare, VI. 266.
— — — —, gegen den Verkäufer, welche ohne Käufers Verzug die Waare für Rechnung des Letzteren verkaufte, VI. 381.
Exceptio non und non rite adimpl. contr. bei der locatio conductio operis, II. 439.
— non oder non rite adimpl. contr. bei der Societät? IV. 481.
— non rite a. c. ist der Einwand des Pachters nach Antritt des Pachtes, daß ihm das uti frui licere nicht vollständig gewährt, I. 217.
— — — — —, gehört auch beim gemischten Executivprozeß in die Wiederklage, III. 269.
— non numeratae pecuniae, III. 469. VI. 28.
— noviter emergens, VI. 465.
— pluris petit. temp., im Prozeßlaufe erledigt, II. 127.
—, plurium litis consortium, Princip, I. 450.
— — — —, beim Vorkaufsrecht, VI. 22.
— — — —, beim Bergreservate nicht anwendbar, VI. 505.
— redhibitoria, in Bezug auf einen Theil der nach Einheiten oder Gewicht erkauften Waare, III. 285.
— —, s. a. actio redh.
— — und quanti minoris, verjähren an sich wie die Klagen, anders bei Lieferungskäufen, I. 337.
— rei judicatae, Princip, II. 31.
— — —, beschränkte Benutzung formeller Wahrheit für andere Prozesse, I. 134.
— — —, aus einem nach der Preuß. Concursordn. vom 8. Mai 1855 §. 190 fg. bestätigten Accord, III. 114.
—, Sct. Macedoniani, im Executivprozeß, VI. 406.
—, solutionis, inwiefern connex? V. 37.
Exception, Begründung, I. 230.
—, — zu schlüssiger B. einer Realeinrede, bedarf es nicht der sofortigen Angabe der causa petendi remota, IV. 459.
—, connexe, was? V. 37.
—, Erläuterung in der Duplik, IV. 461.
—, eine für den Eidesantrag unschlüssige, kann auch noch der Eid-

Digitized by Google

Proz.-Nov. zum Beweis ausgesetzt werden, VI. 421.
Exception, oder geläugneter Klaggrund? s. diesen.
—, der anders verhandelten als niedergeschriebenen Sache, I. 472.
—, der Mandatar habe aus des Mandans Mitteln gezahlt, VI. 316.
—, des insolventen Nachlasses Seiten des Erben, gelangt in der Executionsinstanz zur Erörterung, IV. 545.
Exceptionen, peremtorische, deren Stellung im Einlassungssatz ist irrelevant, III. 370.
„Excipiens non fatetur", Sinn und Beschränkung, II. 125.
Execution, aus der Absolutoria in der Negatorienklage gegen den Kläger unzulässig, II. 517.
—, Beklagter kann nicht aus der bedingten Condemnatoria E. auf die Gegenleistung suchen, VI. 475.
—, im Provisorio, IV. 379.
—, in eine Forderung, giebt nur ein durch des Richters Vermittelung zu realisirendes Pfandrecht, IV. 387.
—, in hypothekarische Forderungen, II. 64.
—, in Mobilien, Form, einstweilige Belassung bei dem Schuldner, I. 183.
—, — —, abgepfändete M. dürfen ohne Zustimmung des Gläubigers nicht dem Schuldner oder einem Dritten um die Taxe überlassen werden, IV. 382.
—, s. a. Appellabilität, Handelsgericht, Manifestationseid.
Executionsklage, des Legatars gegen den Testamentserben, I. 465.
Executionsprozeß, actio hypoth. nicht aus Folienextracten, II. 132.
—, Appellabilität, II. 380. 520. 521. IV. 248.
—, derselbe ist ausgeschlossen, wo rechtlicher Entscheidung bedürfende materielle Streitfragen vorliegen, VI. 181.
—, ausgeschlossen, wenn dabei die Benutzung speciell für gewisse Verhältnisse gegebener materieller Gesetzesvorschriften nöthig, I. 190.
Executionsprozeß, Auflage, „binnen sächs. Frist und längstens den .... zu zahlen, I. 192.
—, —, in patentarischer Form, I. 467. — Gesammtliquidum für mehrere Miterben, ibid.
—, —, „aus dem Nachlasse" zu zahlen, ibid.
—, aus Lotterieloosen unstatthaft gegen den Untercollecteur, IV. 31.
—, aus vidimirten Copien, I. 463.
—, Litisdenunciation, zulässig darin, IV. 387.
—, nicht wegen erforderlicher Interpretation der Urkunde ausgeschlossen, II. 518.
—, statt des Executionsverfahrens unzulässig, IV. 31.
Executivprozeß, Benutzung des in der Klage nicht referirten Urkundeninhalts, I. 377.
—, diesfalls sind außergerichtliche gegen Dritte in Schriften abgelegte Geständnisse nicht als doc. guarent. benutzbar, I. 186.
—, exc. Scti. Maced., VI. 406.
—, gemischter, implem. contr. bil. und exist. cond., I. 185. — bei solchen gehört die exc. n. r. a. c. in die Wiederklage, III. 269.
—, Nebenpetitum auf Ersatz erweislicher Schäden unzulässig, II. 519.
—, s. a Schiedsspruch und Wechsel.
Exmissionsprozeß bei städtischen Miethwohnungen, I. 239. II. 97.
—, nach §. 27 der Civ.-Proc.-Nov., V. 560. VI. 337.
Expedient, des Sachwalters, s. Insinuation, II. 352.
Export, überseeischer, Vorschuß, IV. 102.
Exterritorialität, der Dienerschaft eines Gesandten, III. 426.
Extrajudicialsachen, s. Zeugenabhörung.
Fachbaum, dessen Regulirung, II. 469.
Factum turbativum, bei der Negatorienklage, IV. 540.
— —, s. a. Verjährung, erwerbende.

Digitized by Google

*Fälschung, „rechtswidrige Zwecke" in Art. 311 StGB., III. 195.
*—, „Urkunde" in Art. 311 StGB., II. 190.
*—, bei unrichtiger Namenszeichnung, I. 273.
*—, durch unrichtige Einträge in Handlungsbücher, VI. 111.
*— durch wahrheitsgemäße Interpolation, I. 526.
*—, s. a. Betrug, Blanquet, I. 527.
*Fahrlässigkeit, s. Culpose ꝛc., Forststrafgesetz, Unbedachtsamkeit, Zusammenhang.
*„Fahrten", in Art. 6 des Ges. v. 11. Augnst 1855, die Eisenbahnen ꝛc. betr., II. 88.
*Falscheid, s. Meineid.
*—, leichtsinniger, „Unbedachtsamkeit" in Art. 227 StGB., III. 99.
*—, —, s. a. Versicherung an Eidesstatt, II. 72.
*„Falsche Schlüssel", in Art. 278 2, II. 543.
*Falschmünzen, fortgesetztes Verbrechen, Concurrenz mit Verausgabung anderer Falsificate, II. 263.
*—, Vollendung auch nach blos theilweiser Ausgabe, VI. 285.
Faustpfand, kann nicht in den Händen des Schuldners bleiben, V. 283.
Fehler, verborgene eines Werkes, s. Uebernahme, III. 142.
*Feile Dirnen, s. Anwerben.
Feldraine, sind i. Z. im Miteigenthum der Adjacenten, IV. 517.
*Feststellung, thatsächliche, Art. 347 StPO. I. 423. II. 289. 418. 420.
*— in Bezug auf Rückfall, I. 423.
Firma, was? IV. 483.
—, begründet Solidarhaft der Socii auch vor der Anzeige. II. 226.
Fischerei, derselben schädliche Immissionen, I. 149.
Fischereiregal, VI. 70.
Flächeninhalt, s. Gewähr, IV. 77.
*Flucht, s. auf der F.
Folieneinzeichnung, beim Urkundenbeweise, in wiefern der Mangel solcher präjudicirlich? ist in der Definitive zu bemessen, I. 374.
Folienextract, s. Executionsprozeß, II. 132.
Forderung, hypothekarische, Cession, III. 223.
Forderungen, rechtskräftig aberkannte, nicht compensabel, I. 20.
—, verjährte, desgl. ibid.
Forderungskauf, Gewähr des Verkäufers, II. 17.
—, Diligenz des Käufers einer Hypothek, ibid.
—, Klage des Verkäufers, wenn die Hypothek inmittelst erloschen, II. 535.
*Formvorschrift, wesentliche, ob eine solche in Art. 362 1. StPO. i. f.? II. 95. s. a. NB.
*Forstdiebstähle, auch wenn sie nach dem StGB. gestraft worden, begründen nicht die Anwendung von Art. 300, V. 138.
*—, hinsichtlich deren Wirkung auf Rückfallsstrafe oder Verjährung der Rückfälligkeit kommt nichts auf die Höhe des Objects an, V. 413.
*Forstdiebstahl, s. a. Hölzer und Forstvergehen.
*Forststrafgesetz, dessen Bestimmungen nicht anwendbar auf das Einsammeln der Ameiseneier, IV. 425.
*—, Art. 10 sub 2 auch auf fahrlässige Uebertretungen anwendbar, IV. 265.
*Forstvergehen, Geldstrafe? III. 329.
*Fortgesetztes Verbrechen, Begriffsbestimmung, I. 521. III. 244.
*— —, dasselbe setzt Einheit des Beschlusses voraus. IV. 257.
*— —, in Bezug auf Betrug resp. Meineid, I. 262.
*— —, bei Diebstahl, I. 261. 262.
— einfacher und qualif. II. 258.
*— —, Unterschlagung, I. 263. 521.
*— —, — Wucher? III. 385.
*— —, s. a. Concurrenz und Zusammentreffen.
*Fortsetzungshandlung beim Diebstahl, Widersetzung gegen die Festnahme? I. 306.

Digitized by Google

Forum, arresti, wenn durch Arrestschlag begründet? I. 443.
—, —, in wieweit darin res judicata, zu begründen? V. 20.
—, s. a. Handelsgericht, Prorogation und *Gerichtsstand.
Fragstücke, Recht der Civ.-Proz.-Nov., V. 120.
„Fremder", beim Vorkaufsrecht, IV. 472. V. 64.
* „Fremdes Geheimniß," in Art. 373 StGB. II. 414.
Frist, Sächsische, deren Abschaffung durch die Civ.-Proz.-Novelle, V. 1. fg. (V. 562. zu §. 9.)
Fristen, zum Verfahren, nach der Civ.-Proz.-Nov., V. 104.
Fristversäumniß, s. rest i. i.
* Fristversäumniß, des Sachwalters, an sich kein Restitutionsgrund, IV. 75.
Früchte, des inferirten Fundus, nach Eingehung der Ehe separirt, gebühren dem Ehemanne, III. 480. V. 478.
* Fundunterschlagung, „verlorene Sachen" in Art. 291 StGB. II. 82.
* —, s. a. angeschwemmte S., Gasthof, Hausthiere, verlorene S.
Garantie, für einen gewissen Geldwerth, s. id quod interest., II. 307.
* Gasthof, daselbst zurückgelassene Gegenstände sind im Gewahrsam des Gastwirths, VI. 86.
* Gebrauch, der Waffen, s. Waffen.
Gefährdeeid, nach l. ult. C. de fideic., abgeschafft, VI. 97.
* Gefängnißstrafe, deren Reduction auf Arbeitshausstrafe enthält eine Erschwerung, ist mithin auf Berufung des Angeklagten nicht vorzunehmen, IV. 53.
* „Gefangener" in Art. 152 — 154 StGB., I. 264, 309, 517.
* Gegenbeleidigung, s. Retorsion.
* Gegenwart, des Beleidigten, bei Injurien nicht erforderlich, IV. 13.
* Geheimnisse, s. Eindringen.
* Geldstrafe, im Wahlfalle bedarf es nicht der Fixirung des Gefängnißsatzes, I. 258.
* —, bei Forstvergehen, III. 329.
* —, s. a. Zusammentreffen.
* Gendarm, s. Vollziehung 2c., II. 174.
Generalvollmacht, s. Copie, IV. 548.
* „Gerichtliche Handlungen", im Art. 278. StPO., IV. 267.
* Gerichtspolizei, des Vorsitzenden in der HV. in wiefern sie sich auf den StA. erstreckt, III. 172.
* —, nur im Bezug auf Ungebührnisse in den Criminal-Verhandlungen, IV. 557.
* Gerichtsstand, bei der Partirerei, III. 388.
* —, bei leichtsinnigem Aufborgen, VI. 41.
* —, vergl. a. Competenz.
* Gesammtministerium, siehe Staatsoberhaupt.
Geschäftsführung, auftragslose, des Käufers zu Behebung von Mängeln der Waare, II. 25.
—, s. a. negotiorum gestio und Mandat 2c.
* Geschäftslocal, auch Hörsäle und Schulstuben sind solche, IV. 549.
* „Geschlossener Hofraum" in Art. 278 StGB., II. 183.
Gesellschaftsvertrag, auf bestimmte Zeit, Auflösung wegen Delicten des Socius, VI. 403.
—, — — —, einseitiger Rücktritt, III. 396.
—, auf unbestimmte Zeit, auch bei Verzicht auf die Kündigung einseitig lösbar. — Schädenanspruch, VI. 307.
—, aus concludenten Handlungen gefolgert. IV. 478.
—, Einfluß des Ausscheidens eines Socius von dreien auf die Gewinn-Antheile der den G. fortsetzenden, VI. 452.
—, Erlöschen durch den Tod, VI. 49.
—, exceptio non oder non rite ad impl. contr.? IV. 481.
—, Immobiliarerwerbungen, VI. 49.
—, Perfection, IV. 479.

Digitized by Google

Gesellschaftsvertrag, Pflicht zur Rechnungslegung? I. 342.
—, Vorempfängnisse der Socii setzen Gewinn voraus, II. 221.
—, s. a. Handelsgesellschaft und Quasisocietät.
Gesetz, für Interpretation eines solchen sind Ansichtsäußerungen der K. Commissare bei den ständischen Verhandlungen nicht Norm gebend, I. 122.
—, s. a. Collision.
*Gesetzesvorschriften, angewendete, Allegation in den Rationen, II. 558.
*„Gesetzlich gestattete Zinsen", in Art. 340 StGB., III. 62.
*Gesindeordnung, s. Züchtigungsrecht.
Geständniß, außergerichtliches, wenn auch in Schriften gegen Dritte abgelegt, nicht als doc. guarent. benutzbar, I. 186. 188. s. a. Zugeständniß.
—, im Vorprozeß, in wiefern bindend? V. 90.
—, qualificirtes, s. Klaggrund.
*—, I. 528, s. a. Widerruf.
Gewähr, des Flächeninhalts beim Gutskauf, IV. 77.
*„Gewahrsam" im Art. 2 sub 1 des Forststrafgesetzes, IV. 73. 149.
*Gewalt, „Anwendung von G." in Art. 142 StGB., III. 51.
*—, deren Tendenz in Art. 180. 181 StGB., IV. 60. V. 127.
*—, zu unzüchtigen Zwecken, setzt Widerstand des angegriffenen Theiles voraus, VI. 279
*Gewerbmäßige Eigenthumsverbrechen, Anstiftung zu solchen, VI. 30.
*Gewerbmäßigkeit, bei Hehlerei durch verwandtschaftliches Verhältniß nicht ausgeschlossen, IV. 71.
*—, bei Medicasterei, II. 175.
*—, der Partirerei, des Wuchers und der Beförderung der Unzucht, wie derartige Verbrechen bei der Untersuchung und Abmessung der Strafe zu behandeln? II. 84.
*—, bei Wucher, II. 84, IV. 72.
Gewohnheitsrecht, Beweis, III. 277.
*Gift, s. Körperverletzung.
Gratification, I. 163. III. 129. IV. 418.
Gravamen, allgemeines, dessen Tragweite, VI. 426.
Gravamen commune, s. Abhäsion, accessorische, I. 177. IV. 369. VI. 475.
*Grenzbezeichnung, s. Beeinträchtigung.
Grund- und Hypothekenbuch, s. Eintrag.
Grund- und Hypothekenrichter, Verhandlungen und Registraturen darüber, Form, II. 383.
Grundeigenthümer, dessen Dispositionsrecht über Bäche und Quellen, III. 401. VI. 140.
*Gutachten, Sachverständiger, s. diese.
*Haftentlassung, Concurrenz der Staatsanwaltschaft dabei, IV. 313.
Halm, s. Verkauf, II. 434.
Handel, s. Kauf.
Handelsfrau, s. Wechsel.
Handelsgericht (zu Leipzig), Competenz ist nach der Qualität der Person zu Zeit des Geschäftsabschlusses zu beurtheilen, II. 246.
—, — für Klagen gegen Agenten, I. 445.
—, — für Klagen aus Wechseln, I. 72. III. 16.
—, prorogatio fori, Art. 4 der J.-Conv., III. 519.
Handelsgerichte, III. 426.
Handelsgerichtsprozeß, aus Wechseln, Klagbegründung, Zugeständnisse, I. 72.
—, Vollstreckungsverfahren, Recht der Civ.-Proz.-Nov., V. 531.
Handelsgesellschaft, offene, was gehört dazu? IV. 483.
—, —, Solidarhaft der Theilhaber, II. 225. 226. V. 470.
—, —, — — — nach nicht bekannt gemachter Auflösung, V. 471.
—, theilweiser Verlust des Einlagecapitals und Befürchtung wegen des Restes berechtigt nicht zu einseitiger Auflösung, VI. 131.
—, s. a. Concurs und Gesellschaftsvertrag.

Digitized by Google

Handelsusance, Beweis, III. 278.
*Handgelöbnißbruch, Anwendung des Art. 157 StPO. im Fall die wegen des Hauptverbrechens erkannte Zh. oder Ah. Strafe noch nicht verbüßt, II. 554.
*Handlungsbücher, s. Fälschung.
Handlungsgehilfen, Kündigungsfrist, IV. 465. — s. a. locatio cond. operarum.
*Handwagen, gehören nicht zu den Gegenständen, welche der öffentlichen Sicherheit anvertraut zu werden pflegen, VI. 109.
Handwerker, hat wegen Ausführung separater Besorgungen die actio mandati, I. 343. — s. a. Preis, I. 333 und loc. cond. operarum.
Hartschlägigkeit, I. 31.
*Harzen, diebisches, als gemeiner Diebstahl zu betrachten, VI. 93.
*Hauptverbrechen, s. Concurrenzzusatz.
Hauptverfahren, s. Beweis, IV. 25.
*Hauptverhandlung, Provocation nach Art. 278 1 auf Entscheidung des Gerichts gegen Entschließung des Vorsitzenden ist Vorbedingung weiterer Rechtsmittel gegen das Erkenntniß, III. 197.
*—, s. a. Gerichtspolizei und Protocoll.
*Hausfriedensbruch, Verbleiben in öffentl. Schänkstätten, gegen des Wirths erklärten Willen, i. Z. nicht H., III. 320.
*—, qualificirter, in Folge Realinjurie, I. 85.
*—, s. a. Geschäftslocal, Widersetzung.
*Hausgenosse, s. Mitbewohner.
Hauskind, majorennes, hat pers. standi in jud., II. 249.
*Hausthiere, entlaufene H. Gegenstand der Fundunterschlagung, VI. 91.
Hecken und Bäume auf der Grenze stehend, II. 160. VI. 386.
*Hehlerei, s. Gewerbmäßigkeit.
*Herabsetzung, unrichtig bemessener Strafen nicht erforderlich, wenn richtige Zumessung das nämliche oder ein härteres Resultat ergiebt, IV. 558.
„Herberge", bei Auszugsstipulationen, IV. 92.
Hereditatis petitio, gegen den titulo singulari Besitzenden, III. 497.
— —, s. a. forum arresti, V. 20.
Herkommen, s. Verjährung, V. 441.
*Hinterziehung, von Abgaben, communlichen, gehört zur Competenz des Einzelrichters, II. 267.
*—, der Hülfsvollstreckung, diesfalls kann nur der Schuldner Urheber sein, I. 525.
*—, — —, Richtung des dolus, V. 140.
*—, — —, Berechnung des Schadens, V. 141.
*Hochverrath, Aufforderung zu H., IV. 54.
*Hölzer, vorgerichtete, kein Gegenstand des Forstdiebstahls, VI. 40.
*Hörsäle, s. Geschäftslocal.
*„Hofraum", was? V. 129.
*Holzflöße, nebst dazu gehörigem Geräthe sind der öffentlichen Sicherheit anvertraut, IV. 304.
Horizontale Theilung eines Hauses, III. 226.
*„Hülfloser Zustand", „in einem h. Z. gelassen", in Art. 163 StGB., III. 439.
Hülfsvollstreckung, s. Execution.
*Hülfsvollstreckung, s. Hinterziehung.
Hyperocha, Rechnungslegung darüber, I. 133.
Hypothek, Kauf einer H, II. 17.
—, Klage auf Löschung einer alten H., Verhältniß zu §. 28 des Hyp.-Ges., VI. 264.
—, nicht überwiesene, Haftung des Verkäufers, V. 268.
—, s. a. Edictalien.
Hypothekarier, deren Rechte an Brandversicherungsgeldern, III. 407.

Digitized by Google

Hypothekarier, gehen nicht in den Concurs, wenn vorher subhastirt, I. 154. VI. 185.
—, hat nicht das Retentionsrecht der l. un. C. 8. 27, V. 286.
Hypothekenbuch, s. Eintrag im G.- und H.-B.
Jagdrecht, zu §. 14 des Ges. v. 25. Nov. 1858, V. 25.
—, zu §§. 1. 15. dess. Ges., V. 490.
Id quod interest, s. Interesse.
Ignoranzeid, der Schwurmänner von Corporationen ꝛc., II. 128. V. 516.
Illaten, s. a. Concurs und Ehefrau.
Illation, s. Ehefrau.
Immissio seminis, s. Alimentationsklage, V. 55.
Immission, der Fischerei schädliche, I. 149.
—, schädliche, Kalkstaub, II. 330. VI. 390.
*Incest, s. Unzucht.
Incompetenz, aus Gründen des öffentlichen Rechts nicht durch prorogatio fori zu heben, V. 216. s. a. Competenz.
*„In derselben Gattung zu gewährende Gegenstände" in Art. 287 StGB., II. 411.
*In durius, darf das BG. durch Unterstellung unter den Begriff eines schwereren Verbrechens nicht reformiren, III. 334.
*—, nicht i. d. nach Art. 347 StPO., dafern die Gesammtstrafe nicht erhöht, II. 278.
*—, darf i. Z. nicht erkannt werden, wenn das frühere Straferkenntniß auf NB. des Angeschuldigten aufgehoben ist, II. 90.
Inhaberpapiere, s. Papier au porteur.
*„Inhabung" in Art. 272. 287. StGB., II. 184. — s. a. Innehabung.
Inhibition, in vim securitatis, der Inhibent erlangt nur ein Recht gegen den Inhibitus, VI. 182.
—, s. a. Sicherheitsmaßregel.
*Innehabung, beim Verbrechen der Unterschlagung, II. 184. IV. 68. 262 — braucht keine rechtmäßige zu sein, IV. 262.
*Innehabung, dessen, dem eine Sache anvertraut wird, wird durch fortdauernde Innehabung des Anvertrauenden nicht ausgeschlossen, VI. 110.
Inofficiosa donatio, s. querela i. d.
Inopia probationum, s. Erfüllungseid, V. 41.
„In praeteritum non vivitur", bei Alimenten e. o. pietatis vel sanguinis, II. 28.
— — — —, bei vertragsmäßiger Alimentationspflicht, IV. 39.
Insinuation, an den Expedienten des Sachwalters, II. 352.
Institor, als Spoliant, s. spolium, II. 233.
—, s. a. Actienverein.
Insolvenz, wie Behufs der Concurseröffnung zu ermitteln? I. 240.
—, Aufrechnung nicht fälliger Schulden, Illaten ꝛc., I. 160.
*Intellectueller Urheber, s. strafmildernde Umstände.
Interdictum, quod vi aut clam, bei der novi operis nunciatio, VI. 324.
Interesse, an einer Leistung zu vermuthen, wenn solche bedungen, III. 139.
—, bei Nichtrückgabe vermietheter Inhaberpapiere, V. 455.
—, der Garantie, daß eine Sache einen gewissen Geldwerth habe oder erreiche, II. 307.
—, Klage auf das J. statt directer Vertragserfüllung in Folge Mora, IV. 529.
—, s. a. actio emti und Unmöglichkeit.
Interpretation, s. Auslegung und Gesetz.
Interrogatoria, praelim. ad causam, II. 364.
Intervention, im Prozeß, II. 473.
—, nach §. 55 (des Exec.-Ges.), Form, II. 374. III. 460.
—, — —, fingirte Eidesannahme, III. 460.
—, — —, der Ehefrau, s. diese, I. 52.

Digitized by Google

Intervention, nach §. 55, nicht nöthig, wenn die Abpfändung nicht aus des Schuldners Gewahrsam, VI. 176.
Intestaterbrecht, der Ehegatten, Ausschluß in Folge Ehebruchs, II. 355.
Inventur, Mitwirkung bei der Aufnahme involvirt noch nicht Genehmigung der Bilanz, VI. 453.
Irrthum, Revocation eines Verzichts, I. 330. — s. a. error.
Judicatzinsen, s. Concurs.
Judicium communi dividundo s. actio c. d.
Jus discontinuum, s. Verjährung.
Käufer, s. Betrug.
Kauf, „auf Besicht", „Probe", kann suspensiv oder resolutiv bedingtes Geschäft sein, I. 553.
—, „auf Proben", „nach Probe", „nach Mustern", Verkäufer hat die Probemäßigkeit zu beweisen, I. 555.
—, „auf Probe", pactum displicentiae, Gefahr, II. 436.
—, Ausscheidung des Objects im Fall ein nur numerisch, resp. qualitativ bezeichneter Theil einer nicht homogenen Quantität verkauft, V. 377.
„Kauf bricht Miethe", Ausführung im summ. Prozesse nach E. P. O ad Tit. I. §. 6, IV. 373.
— — —, — nach der Civ.-Proz.-Nov. und dem Dresdner Miethregulative, I. 239. V. 558. VI. 337 fg.
—, einer Species, Lieferungskauf, V. 155.
—, eines Gebäudes „zum Abbruch" verschafft nur Anrecht auf die Baumaterialien, IV. 470.
—, laesio enormis, s. Rescissionsklage.
—, nach der Uebergabe rückgängig, Eigenthum? II. 438.
—, nach Maß, Zahl oder Gewicht an sich perfect, ist nur in Betreff des Ueberganges der Gefahr als imperfect zu behandeln, IV. 106.
—, nach Probe — Unprobemäßigkeit — Beweis, IV. 83.
Kauf, nach Probe, dabei gehört die Bezugnahme auf die Probemäßigkeit zu Begründung der actio venditi, IV. 111.
—, — —, Uebergang der exc. n. a. c. in die exc. n. r. a. c. in Folge Disposition, VI. 266.
—, Object, Bestimmtheit, V. 152.
—, —, error in corpore, I. 332. III. 501.
—, oder Commissionsvertrag?
—, oder datio in solutum? II. 218.
—, oder qualificirtes Mandat, oder Bürgschaft? VI. 301.
—, pactum protimisios oder betagter K.? IV. 470.
—, — adjectum „der Käufer solle bezahlen, wenn er die Waare weiter verkauft habe", nicht Suspensivbedingung, sondern Gestundung, III. 141.
—, — wegen Theilung des Mehrerlöses im Fall der Weiterveräußerung, II. 217. III. 503.
—, — dasselbe behindert nicht den Weiterverkauf um einen zu niedrigen Preis, II. 432.
—, Perfection, K. eines Grundstücks durch vorläufige Einigung über res und pretium nicht perfect, wenn Einigung über die Specialitäten in Rückstand, I. 126.
—, —, K. unter vorausgesetzter obrigkeitlicher Genehmigung an sich perfect, IV. 85.
—, Preis, wenn nicht verabredet, durch Sachverständige oder Schätzungseid des Verkäufers zu bestimmen, I. 333.
—, Rescission, von Immobilienkäufen zwischen Mann und Frau im Concurs, I. 369. II. 462. IV. 418. V. 75.
—, —, wegen als nicht vorhanden garantirter Fehler, I. 560.
—, simulirter, II. 216.
—, Zug um Zug, beim Kaufe unter entfernt wohnenden Contrahenten, V. 380.
—, s. a. actio emti, redhib., venditi. exc. n. a. c., Lieferungskauf, mora und Verkauf.

Digitized by Google

*„Kenntniß", in Art. 211 StGB., I. 264.
*—, von Thatsachen, auf welche das Gericht Bezug nimmt, ersetzen nicht die Beweisaufnahme, V. 150.
*—, s. a. Untersuchungsmaterial.
Kind, Status des innerhalb 6 Monaten von Eingehung der Ehe an geborenen — Anerkenntniß — Beweis, III. 473.
—, uneheliches, Vaterschaft, Zugeständniß vor der Geburt, I. 141.
—, s. a. Alimentationsklage, Consens.
„Kinder", in letztwilligen Verfügungen, V. 179.
—, separirter Eltern, Erziehung, I. 49.
—, zugebrachte, Alimentation Seiten des Stiefvaters, i. Z. aus Liberalität, II. 446.
*—, thätliche Zurechtweisungen vers. in der Regel nicht Injurien, VI. 85. — s. Zündstoffe.
*—, unter 14 Jahren, können nicht als Mitschuldige, sondern nur als Zeugen zur Auskunftsertheilung befragt werden, III. 393.
*—, K. von 11 Jahren als Auskunftsperson benutzt, I. 89.
*Kindestödtung, „vor der Entbindung" in Art. 159, III. 436.
*—, s. a. Verheimlichung.
Klagbeantwortung, s. Einlassung.
Klagbitte, Verbesserung durch den Richter, II. 476. — dessen Beschränkung hierunter, II. 500.
Klage, Abänderung, s. mutatio libelli, II. 57.
—, Abweisung a limine judicii, I. 371.
—, — in der angebr. Maße, s. Appellation.
—, nach vorgängigem Provocationsprozeß, II. 130.
—, —, rechtskräftige, inwiefern bei anderem Petitum schädlich? IV. 458.
—, auf Anerkenntniß, wenn zulässig, I. 472.
—, — —, im Fall des bedingten Geschäfts, IV. 85.
Klage, auf Anerkenntniß im Urkundenprozeß unstatthaft, III. 371.
—, auf das Interesse, s. mora und Unmöglichkeit.
—, Begründung unter verschiedenen sich widersprechenden Gesichtspunkten, II. 55.
—, des Cessionar wider den Cessus, erfordert nicht Bezugnahme auf die Certioration, III. 140.
—, renunciatio litis, V. 219.
—, Schlüssigkeit, deren Prüfung durch Interlocut auf anderweite Vorladung (wegen Fehler der ersten) nicht ausgeschlossen, III. 238.
—, —, desgleichen nicht durch ein Interlocut auf neuen Termin, in Folge mutatio libelli in modo probandi, IV. 354.
—, —, deren Prüfung e. o. nicht durch Contumaz erledigt, I. 64.
—, —, Bezugnahme auf Verhandlung mit einem Geschäftsgehülfen, I. 66.
—, —, s. a. Eidesantrag, Eidesklage und Verjährung, kurze, II. 359.
—, Unschlüssigkeit durch Zugeständnisse erledigt, III. 108. s. jedoch Executiv- und Wechselprozeß und Zugeständniß.
Klagenhäufung, subjective, deren Zulässigkeit, IV. 24. VI. 420.
Klaggrund, geläugneter oder Exception? entwickelt bei der Frage über die Natur des qualificirten Geständnisses, V. 289 fg. (Specialregister, V. 564.)
—, — — —? Rechtsfälle: Vertragsschluß abgelehnt, V. 343. — Nicht blos das Gut, sondern zugleich das Inventar sei verkauft, III. 106. — Mithilfe versprochen, wenn der Sohn der Braut Gut annehme, IV. 165. — Du bist nicht alleiniger Verkäufer gewesen, II. 506. — Nicht dir allein habe ich verkauft, V. 343. — Nur als erklärter Mandatar eines Dritten habe ich gekauft, V. 309 Note **). — Nur als erklärter Mandatar eines Dritten hast du mir verkauft, V. 404. — Das Geschäft war nicht reiner Kauf, sondern ein

Digitized by Google

anderes, V. 345. — Ich sollte nicht weiter an den Kauf „ebunden sein, wenn du nicht bis . . . erfüllteſt, I. 123. — Ich sollte nur dann an den Kauf gebunden sein, wenn du bis .... zahlteſt, II. 302. — Nicht pure habe ich gekauft, sondern nur mit der Bedingung, daß du das Grundſtück ſo und ſo vorrichteſt, V. 348. — Die Urkunde giebt die Vertragsberedung nicht vollſtändig wieder, I. 472. — Das war nicht der alleinige Inhalt der Urkunde, V. 403.

*Körperverletzung, Competenz, IV. 74.

*—, durch Gift, Art. 169 2 StGB., II. 177.

*—, leichte und thätliche Beleidigung, prozeſſuale Behandlung, II. 559.

*—, nach Art. 171, Geldſtrafe unzuläſſig, III. 440.

Kohlenabbaurecht, Natur, Verkauf, II. 458.

—, Proteſtation gegen Veräußerung eines K.'s, ſo lange diesfalls nicht ein beſonderes Folium beſteht, VI. 238.

Kohlenabbauvertrag, dabei iſt das Retentionsrecht des Verpachters nicht anwendbar, VI. 27.

—, Eintrag im Gr.- u. H.-B., I. 59.

Kohlenzehent, wenn Reallaſt, eintragbar, I. 365.

Koſten, ſ. Prozeßkoſten.

*Koſten, ſ. Staatsanwalt und Staatscaſſe.

*Koſtenpunkt, im Enderkenntniß des BG.'s, diesfalls hat der StA. nicht die Berufung, II. 277.

Koſtenvorſtand, ſ. exceptio.

*Kritik, tadelnde einer Behörde, gegen dieſe ſelbſt ausgeſprochen, iſt keine ſtaatsgefährliche Schmähung, VI. 101.

Kündigung, durch den Mandatar, IV. 462.

Kündigungsrecht, dafür bietet das Gen. v. 14. Dec. 1801 keine Normen, V. 232.

Ladung, auf die Klage erfordert nicht die ſpecielle Ausdrückung der ſ. g. Einlaſſungsfriſt, I. 64.

Ladung, ſ. a. Inſinuation.

Laesio enormis, beim Bauſchkaufe, II. 310.

— —, beim Vergleiche, IV. 192.

— —, wegen dem Käufer unbekannter Fehler, II. 309. — beim Bauſchkauf, II. 310.

— —, ſ. a. Reſciſſionsklage, Sicherheitsmaßregeln, I. 152.

Landeslotterie, Natur des Rechtsverhältniſſes zwiſchen Haupt- und Untercollecteur, V. 164.

—, Plan, Notorietät des Inhaltes deſſelben, I. 41.

—, —, §. 6, I. 42.

—, —, §. 8, IV. 504.

—, Verluſt der Gewinnanſprüche in Folge verſpäteter Anmeldung, IV. 504.

—, ſ. a. Executionsprozeß, IV. 31.

Laßeigenthum, Benutzung des Laſſitenquaſibeſitzes beim Servitutenerwerb durch Verjährung, II. 34.

*Lebensfähigkeit, ſ. Verheimlichung.

Lebensverſicherungspolice, der Verpfänder einer L. iſt i. Z. nicht zur Fortſteuerung verbunden, V. 52.

—, iſt nicht Creditpapier und daher vindicabel, III. 398.

*Legaleid, nach Art. 375, deſſen Richtung, I. 284.

Legalzinſen, im Sinne des Hyp.-Geſ. §. 67 = Verzugszinſen, I. 480.

—, vom Kaufpreis nicht fruchtbringender Sachen, V. 269.

Legat, beiſatzloſe Erhöhung im Codicill ändert i. Z. nichts an den im Teſtament diesfalls geſtellten Bedingungen, I. 366.

—, zu Gunſten der Waiſen zweier Gemeinden, Interpretation, III. 90.

—, ſ. a. Meublement, II. 335.

Legate, vervielfältigte und vermehrte, II. 460.

Legitimation, zum Prozeß, Mängel derſelben, ſ. Contumaz.

—, — —, Prüfung e. o., V. 507.

—, — —, ſ. a. Altgemeinde, Schützengilden ꝛc., Syndicat.

Digitized by Google

Legitimation, zur Sache, Behandlung in Bezug auf die Schlüssigkeitsfrage, VI. 421.
—, — —, Beweis, ibid.
—, — —, die Vorschriften des Mand. v. 31. Jan. 1829 §. 121 auf Testamentserben nicht anwendbar, I. 368.
—, — —, Voraussetzung des Injuncts „zuvörderst", III. 459.
—, — —, s. a. actio negatoria.
Leibrentenvertrag, rechtliche Natur — Aufhebung in Folge der clausula cassatoria, IV. 35.
*Leichenöffnung, s. Tödtung.
*Leichtsinniges Aufborgen, Gerichtsstand für dasselbe, VI. 41.
*—, Unterschied desselben vom Betrug unter Mißbrauch der Vertragsform, I. 523. VI. 445.
„Letzte Krankheit", des Gemeinschuldners, s. Concurs, IV. 419.
Lex commissoria, ob Suspensiv- oder Resolutivbedingung, ist quaestio facti, II. 302.
— —, i. Z. Resolutivbedingung, I. 475. Beweislast, ibid.
— praepositionis, Interpretation gegen den Geschäftsherrn, II. 314.
Lieferungskauf, V. 155.
—, beim L. einer in Partien zu liefernden Waare hat der Käufer successiv zu zahlen, I. 556.
—, Dispositionsstellung, II. 151. V. 157.
—, exc. redh. und quanti minoris, Verjährung, I. 337.
—, mora des Käufers, I. 476.
—, — des Verkäufers, beim L. in Betreff marktgängiger Waare, kann bei mora des Verkäufers, der nicht in mora befindliche Käufer das id quod interest am Lieferungstage fordern, I. 336.
—, —, s. a. mora.
—, negot. gestio des Käufers durch Behebung der Mängel der Waare, II. 25.
—, von Creditpapieren, V. 230.
—, zwischen entfernt wohnenden Interessenten, Mora, VI. 377.
Liquidat, Aussetzung des Beweises des L.'s bis zu Constatirung der Perception unzulässig, III. 522.
Liquidation, im Concurse, wie zu bewirken? I. 192.
Litiscontestation mit „nesciendo" in Bezug auf facta propria unzulässig, I. 449. — s. a. Contumaz und Einlassung.
Litisdenunciation, im Executionsprozeß, IV. 387.
Litispendenz, schließt die provocatio ex lege diffamari aus, VI. 173.
—, 40jährige Verjährung der L., V. 408.
Litis reassumtio, muß wo sie nöthig, vom Singularsuccessor ausdrücklich erklärt werden, I. 182.
— —, prozessuale neg. gestio des Vorbesitzers, II. 475.
— —, des Gütervertreters macht im Falle des Unterliegens die Masse für alle Kosten haftbar, I. 182.
Locatio conductio, rerum der eigenen Sache des Pachters II. 153.
— —, —, Fortsetzung durch den Singularsuccessor des Vermiethers, wie zu sichern? I. 193. VI. 244. 415.
— —, —, Fortsetzung durch den Singularsuccessor des Vermiethers, Geltung früherer Clauseln, I. 130.
— —, —, Zusage des Verpachters, den Nachbesitzer zur Fortsetzung oder Entschädigung zu vinculiren, IV. 273.
— —, —, s. a. Abmiether, Pachtvertrag ꝛc.
Locatio conductio, operarum, Mangel der Preiseinigung, I. 330. III. 509.
— —, — merces certa, ibid.
— —, —, Quantificirung des Schadens im Fall intempestiver Dienstentlassung, IV. 473.
— —, — wenn hat der Locator, an der Dienstleistung behindert, dennoch Anspruch auf Lohn? I. 130. 339.
— —, — s. a. Dienstmiethe und Handlungsgehilfe, IV. 165. und Schadenersatz.
Locatio conductio, operis, der Conductor hat nicht Anspruch auf Ausführung, II. 220.
— —, —, exc. n. und n. r. a. c., II. 439.

Digitized by Google

Locatio conductio, operis, Uebernahme des Werks nicht Approbation in Bezug auf verborgene Fehler, III. 142.
— —, —, Unterschied vom Kaufe, II. 538.
Lotterie, Natur des L.-Spielvertrags, IV. 504.
—, s. a. Landeslotterie.
*Lotto, Concurrenz in Bezug auf Uebertretungen gegen das Ges. v. 4. Dec. 1837, II. 67. — dabei Art. 78₁ StGB. nicht anwendbar, ibid.
*—, Verfahren wegen dergl. Uebertretungen im Verhältniß zur StPO., II. 285.
Maaß, bei einer Stipulation i. Z. das landesübliche, II. 303.
Mäklerlohn, für Zustandebringung einer Ehe, I. 40. II. 540.
—, kann beim Zustandekommen des Geschäfts auf richterliches Ermessen gestellt werden, I. 346.
—, Versprechen eines M.'s „auf alle Fälle", Interpretation, VI. 411.
—, — —, „für die Vermittelung", III. 512.
—, Zusage eines M.'s „wenn der Kauf zu Stande kommt" i. Z. = „w. d. K. durch den Mäkler z. St. k.", I. 346.
Mäklervertrag, dessen Natur, II. 24.
Mahlpfahl, Zweck, wie zu setzen? II. 453. — s. a. Competenz, II. 469.
Mahlzwang, Natur ꝛc., II. 451.
*Mahnung unter Bedrohung mit Veröffentlichung, VI. 101.
Mandat, der Einwand: der Mandatar habe aus den Mitteln des Mandans gezahlt, ist Exception, VI. 316.
—, mehrere Mandanten haften dem Dritten aus Verträgen des Mandatars in ihrem Namen i. Z. nicht in solidum, IV. 474.
—, Schadenersatzpflicht des Mandans, II. 22.
—, — des Mandatars (Spediteur), Verhältniß der beiderseitigen Diligenz, V. 173.
Mandat, Nichtigkeit des vom Mandatar unter dem Limitum bewirkten Verkaufs, VI. 313.
—, qualificirtes, Kauf oder Bürgschaft? VI. 301.
—, Zinsberechtigung des Mandatars in Bezug auf Verläge, VI. 315.
—, Zinspflicht des Mandatar, V. 161.
Mandatar, Kündigung durch ihn, IV. 462.
Manifestationseid nach fruchtloser Auspfändung, dessen Voraussetzungen, IV. 382.
—, Appellation gegen die confirm. IIda Seiten des Schuldners unzulässig, I. 184.
*Marktdiebstahl, Miturheberschaft, I. 305.
—, Anwendung des Erschwerungsgrundes Art. 277 4, II. 180.
Marktgängige Waare, s. Commissionshandel, IV. 111.
Marktpreis. Was ist M.? IV. 531.
*Medikasterei, Begriff, I. 265. 266.
*—, Collectivverbrechen, dabei ist das Concurrenzprincip ausgeschlossen, II. 175.
*—, s. a. Gewerbmäßigkeit und sympathetische Curen.
„Mehr oder weniger", beim Kaufpreise, V. 509.
Meineid, s. periurus etc.
*Meineid, Art. 221 2 StGB., Form der früheren Eidesleistung worauf der Zeuge verwiesen, einflußlos, III. 374.
*—, dessen Thatbestand, IV. 153.
*—, hinsichtlich des obj. Thatbestandes dem leichtsinnigen Falscheide gleich, VI. 282.
*—, s. a. Versicherung an Eidesstatt, II. 72.
Mens testatoris, Beweis der (alia) m. t., II. 335.
— —, zur Lehre von der m. t., IV. 413.
*Metzgarn, Gegenstand der Unterschlagung, VI. 284.
„Meublement", in einem Legate, II. 335.

Digitized by Google

„Miethlocale", im Sinne der Civ.-Proz.-Nov. §. 27, V. 543.
Miethregulativ, Dresdener, I. 239. V. 558. VI. 337.
Miethvertrag, s. loc. cond., Protestation und Pacht- und Miethdifferenzen.
„Mindestens" bei Summen zum Eidesantrag geeignet, I. 171.
* Mitbewohner, kann sich eines nach Art. 278 unter 4 ausgezeichneten Diebstahls schuldig machen, IV. 550.
Miteigenthümer, darf ohne des Anderen Zustimmung nicht verpachten, III. 220.
Miteigenthum, Theilung, horizontale eines Hauses, III. 226.
Miterbe, dem der Nachlaß zu activer und passiver Vertretung überlassen, haftet für die ganze Schuld, Regreß, II. 244, s. a. Erbe.
Mitgift, versprochene, Klagerecht der Frau, VI. 332.
* Mitschuldige, s. Auskunftsperson.
„Mittellosigkeit" der außerehelichen Mutter? IV. 490.
* Miturheber, Begriff, I. 82.
* —, —, „zur Ausführung mitwirkt" in Art. 50 StGB., II. 543.
* —, Gegenwart bei der Ausführung, Umfang der Zurechnung, III. 49.
* —, thätige Reue, I. 413.
* Miturheberschaft, bei einem culposen Verbrechen durch unterlassene Verhinderung, I. 259.
* —, bei Marktdiebstählen, I. 305.
* —, bei Unterschlagung, IV. 157.
* —, oder Beihülfe? I. 260.
* „Mit Waffen versehen", in Art. 280 1, III. 246.
Mobilienkäufe, s. Intervention, I. 52.
Mora, accipiendi, durch Verbaloblation nicht begründet, III. 292.
—, bei Lieferung eines genus, Anschaffung Seiten des Gläubigers, I. 23.
—, cassatorische Clausel, zu Abwendung deren Folgen bei der c. C. genügt Realoblation, II. 150.
—, des Verkäufers, deren Folgen beim Lieferungskauf, I. 336.
Mora, des Käufers am Lieferungstage, I. 476.
—, durch Interpellation ꝛc. Seiten des Mandatars, IV. 462.
—, — — —, nicht durch den neg. gestor, ibid.
—, höchster Werth? III. 501.
—, Klage auf das Interesse statt auf directe Vertragserfüllung in Folge m., IV. 529.
—, s. a. dies etc., V. 51 und Lieferungskauf.
* Mordversuch, beendigter, IV. 303.
Mühlen, s. Wasserbenutzung, IV. 539.
Mühlenanlagen, s. Competenz, V. 183.
Münzsorte, ausländische, Form der Condemnatoria, II. 374.
Mutatio libelli, das Interlocut auf neuen Termin, in Folge m. l. enthält an sich kein Anerkenntniß der Schlüssigkeit, IV. 354.
— —, erfordert i. Z. stets neuen Termin, II. 57.
— —, nach vorgängigem Provocationsprozeß, II. 130.
Mutter, außereheliche, s. Präsumtion, I. 141. 355., Alimente ꝛc. Dotation.
Nachdruck, diesfalls kann nicht in durius erkannt werden, I. 136. II. 28.
—, durch Verarbeitung von Lehrvorträgen? II. 29.
—, Eingriff in ein fremdes Vermögensrecht ist maßgebender Gesichtspunct, I. 218.
—, Einrede gegen den wegen N. klagenden Ausländer, daß in dessen Vaterlande diesfalls kein Schutz ertheilt werde, I. 219.
—, Gewicht der Gutachten des Sachverständigenvereins, I. 221.
—, von Formularen, I. 348.
—, von gesammelten Mährchen, V. 472.
—, s. a. Verlagsschein, IV. 40.
Nachforderungsrecht, Einfluß des Hauptvergleichs im Concurse auf das N. V. 71.

Digitized by Google

Nachlaß, Haftung des Erben, dem solcher zu a. und p. Vertretung überlassen, II. 244.
—, Insufficienz, s. Exception.
* Nachschlüssel, s. Diebstahl, ausgezeichneter.
* Nachtragserkenntniß, Competenz zu dessen Ertheilung, IV. 23.
* Nachtruhe, Verübung des Diebstahls nach deren Eintritt, VI. 35. 36.
* „Nach vollbrachter That" in Art. 61 StGB., III. 434.
* „Nachweisung" in Art. 90₁ StPO., III. 196.
* „Nahe häusliche Verhältnisse" in Art. 72 StGB., III. 193.
Naturalübergabe, s. Concurs I. 394. Eigenthum, natürliches, I. 403. Eintrag, I. 31. Faustpfand, V. 283.
Negans non excipit. etc. bei Repliken? III. 109.
— — —, durch spätere Zugeständnisse in Bezug auf facta aliena erledigt, III. 453.
Negative, s. Beweislast.
Negotiorum gestio, der geschiedenen Ehefrau in Bezug auf Ernährung ꝛc. der Kinder, I. 49.
— —, durch Bewirthschaftung eines fremden Grundstücks, I. 344.
— —, zu Wahrung prozessualer Obliegenheiten eines Dritten, IV. 350.
— —, dessen Recht auf Zinsen von Verlägen, VI. 315.
— —, s. a. Mora.
Nekrolog — Emil Cuno's I. 211. — Friedrich Wilhelm Raabe's, I. 411. — Dr. Baumgarten-Crusius, V. 385.
Nemo plus juris etc., III. 77.
* Neue Thatsachen, als solche nicht zu betrachten, die dem Staatsanwalt amtlich bekannt sein konnten oder sollten, VI. 46.
* Nichtigkeiten, materielle, die Bez.-Ger. können über solche auf eingewendeten Einspruch nur zu Gunsten des Angeklagten entscheiden, VI. 43.
* Nichtigkeitsbeschwerde (Allgemeines), NB. kann nicht gegen Polizeistrafen ergriffen werden, IV. 161.
* Nichtigkeitsbeschwerde, (Allgemeines), deren Gründe sind innerhalb der Einwendungsfrist deutlich anzugeben (Art. 88.), VI. 121.
* —, —, Berichterstattung nach Art. 89₃, III. 333.
* —, —, NB. nach Art. 246₃ nicht auf den Stand der Beweisfrage zu gründen, I. 91.
* —, —, Extension auf Mitinculpaten nach Art. 247, II. 417. III. 176.
* —, —, unzulässige des StA.'s wegen ungnügender Erhebung des Thatbestandes (Art. 349. I₁, 377.), I. 94.
* —, —, im Fall mehrerer Privatenkläger, wegen Nichtbeobachtung von Formvorschriften in Bezug auf alle (Art. 377.), I. 531.
* —, —, unzulässige, des Priv.-Ankl. wegen Mängel in der Beweisaufnahme (Art. 349. I₁, II₂, 377.), I. 96.
* —, —, über mit Einspruch verbundene eventuelle N. entscheidet das BG. (Art. 378)., VI. 126.
* —, —, NB. des Angeklagten in der ER.Sache gegen die Confirmatoria des BG.'s durch Einspruch gewahrt (Art. 379₂ verb. 348.), III. 447.
* —, —, nach Art. 385, des P.-Ankl. gegen das BGE. unzulässig, wenn gegen das ERE. versäumt, I. 287. III. 70.
* —, (Form), zulässige wegen Art. 117₂. ₃, 243₃, 350₁, wegen unterlassener Entschließung über Anträge, wenn auch Actenschluß bekannt gemacht, III. 392.
* —, —, zulässige wegen Verletzung des Art. 243₃ StPO., I. 325.
* —, —, unzulässige wegen desgl., I. 93.
* —, —, in Bezug auf Artikel 277. 294. gegen abfällige Bescheidung auf Vertheidigungsanträge, VI. 449.
* —, —, zulässige des StA.'s wegen Verstoß gegen Art. 302, I. 92.

Digitized by Google

*Nichtigkeitsbeschwerde (Formelle), zulässige wegen Versehens gegen Art. 304 2. 363 StPO. (Bezugnahme auf Definitionsartikel), I. 93.
*—, —, unzulässige des StA.'s wegen mangelhafter Beweisaufnahme, I. 94.
*—, —, zulässige, des Privatangeklagten, im Fall der Verurtheilung wegen einer nicht denuncirten, wenn auch zugestandenen Aeußerung, I. 278.
*—, —, zulässige desselben wegen Nichtbeachtung des Art. 243 StGB., I. 329.
*—, —, unzulässige, gegen Abschlagung der Vereidung eines Zeugen in einer ES. (Art. 361. 383.), I. 276.
*—, —, unzulässige in Bezug auf Art. 362 2 im Fall unterlassenen Gehörs über einen nachträglichen Strafantrag wegen eingeräumter Beleidigung, II. 283.
*—, —, zulässige in Bezug auf Art. 385, gegen das BGE. im Fall der Confirmatoria aus einem anderen Grunde, I. 285.
*—, (Materielle), im Anklageverfahren, beschränkende Wirkung der Parenthese „(vergl. Art. 235)" in Art. 242. II. betreffs der Zulässigkeit, III. 446.
*—, —, nach Art. 242. II. unzulässig wegen unrichtiger Gesetzesanwendung, dafern nicht Strafverfolgung überhaupt unstatthaft, I. 276.
*—, —, zulässige des StA.'s nach Art. 349. I 1, wegen Nichtbeachtung des Art. 72 StGB., I. 282.
*—, —, unzulässige des StA.'s nach Art. 349, I 1, bei Nichtanwendung des Art. 300 StGB., I. 95.
*—, —, unzulässig nach Art. 349, II 1, wenn irrthümlich als Beleidigung angesehene Körperverletzung wegen Retorsion straflos geachtet worden, VI. 450.
*—, —, zulässige des StA.'s nach Art. 349. II 1, bei Klagfreisprechung, I. 280.
—, — desgl. nach Art. 349. II 2, wegen Verweises bei Felddiebstahl, I. 89.
*Nichtigkeitsbeschwerde, (Materielle), nach Art. 349, II. 2, III 2 unzulässig, wenn der passende Artikel des StGB.'s zwar nicht angezogen jedoch laut Rationen angewendet, II. 279.
*—, —, desgl. im Fall Nichtanwendung des richtigen Strafgesetzes, I. 95.
*—, —, zulässig nach Art. 349. III 1, wegen Anwendung eines unzutreffenden Erschwerungsgrundes, I. 37.
*Nichtschuld, wissentliche Annahme einer solchen, ob Betrug? II. 481.
*Nöthigung, durch Bedrohung, setzt eine rechtswidrige B. voraus. B. mit Veröffentlichung eines Vorgangs an sich i. Z. nicht rechtswidrig, III. 162.
*—, oder räuberische Erpressung? I. 312.
*Nothwehr, I. 83.
*Nothzucht, in Concurrenz mit Unzucht mit Kindern, II. 409.
*—, setzt ernstlichen Widerstand voraus — Unterschied des älteren und neueren Rechts, VI. 84.
Notorietät, des Inhaltes des Planes der Landeslotterie, I. 41.
Novation, durch Wechselausstellung 2c., I. 24. 75.
—, — —, macht Bürgschaften, Pfandrechte 2c. erlöschen, I. 24.
—, durch Ausstellung einer neuen Schuldverschreibung, I. 25.
—, einer Waarenschuld in ein Darlehn, schließt kurze Verjährung aus, I. 551.
Noui operis nunciatio, zur Lehre von der n. o. n., IV. 399. V. 487.
— — —, heutige Unanwendbarkeit des interd. quod vi aut clam im Falle der Contravention gegen die Privatnunciation, VI. 324.
Nullitätsklage, Begriff des „contra ius in thesi," „contra rem judicatam," III. 265.
—, formelle Zulässigkeit, IV. 199. 200.
—, fristmäßig beim OAG. einzureichen, II. 64. V. 4.

Digitized by Google

Oberappellationsgericht, dessen Stellung I. 1. — Geschäftskreis, I. 1 fg. — Rechtssätze, I. 8. — innere Organisation, I. 10. — Nebenbranchen, I. 12. — Annalen, I. 16.
—, Geschäftsumfang, 1858, I. 14. — 1859, I. 485. — 1860, III. 154. — 1861, IV. 289. — 1862, VI. 212.
—, Personalbestand ꝛc., I. 15. 96. 288. 302. 384. 480. 561, III. 531. IV. 528. VI. 512.
*—, Form der Verhandlung von Capitalstrafsachen, II. 201.
*Object des Diebstahls, durch den erweislichen Umfang der diebischen Absicht limitirt, VI. 34.
*— — —, s. a. Eigenthumsverbrechen.
Observanz, in Betreff discontinueller Leistungen, Beweis, I. 360.
—, in Bezug auf Instandhaltung von Communicationswegen, II. 323.
—, s. a. Verjährung, V. 441.
*„Oeffentlich", in Art. 241 StGB., IV. 15.
*Oeffentliche Bauwerke, s. diese.
*„Oeffentliche Mittheilung", in Art. 125. 232. StGB., III. 322.
*Oeffentliche Sicherheit s. Handwagen und Holzflöße.
Oeffentlicher Weg, s. Weg.
Oesterreich, internationale Beziehungen zu Sachsen, III. 420.
Offerte, wie zu acceptiren? I. 227.
—, wenn zu acceptiren? III. 500.
Operae liberales, s. locator operarum, I. 130.
*Ortsgerichtspersonen, in wieweit ständige Sachverständige? V. 147.
Pacht, s. exc. n. r. a. c. und locatio.
Pachtcaution, Klage auf Rückgabe, Beweislast in Betreff des verschlechterten Zustandes des Pachtobjects, II. 441.
Pacht- und Miethdifferenzen, Recht der Civ.-Proz.-Novelle, V. 543 fg. VI. 337.
Pachtvertrag, Cession, VI. 303.
—, — der Pachtgelder, VI. 306.
—, Poenaldisposition wegen verspäteter Pränumeration, V. 448.
Pactum, Anwendung des Satzes „daß jedes P. verpflichte im Ordinarprozeß, V. 77.
Pactum adjectum beim Kauf, s. diesen.
—, contra matrimonium, II. 235.
—, de contrahendo, existirt i. Z. nicht für Consensualcontracte, V. 452.
—, displicentiae, II. 436.
—, in favorem tertii, V. 375.
—, intuitu fundi initum, Natur, IV. 119.
—, — — —, vertragsmäßige Beschränkungen der Benutzung eines Grundstücks zum Gewerbsbetrieb mit gespannten Dämpfen ꝛc., V. 487.
—, ne dolus praestetur, Seiten der Eisenbahnverwaltung unwirksam, II. 527.
—, utvenderelicеat etc. V. 235.
Papiere, au porteur, Begriff, III. 398.
—, — —, Darlehn in solchen, III. 89.
—, — —, Einfluß der Grundsätze über Nichtwindicabilität von P. a. p. auf das Rechtsverhältniß zwischen dem Pfandschuldner und dem Afterpfandgläubiger, VI. 155.
—, — —, Lieferungskauf, V. 230.
—, — —, Miethvertrag, Interesse bei Nichtrückgabe in Natur im Concurs, V. 455.
—, — —, Sparkassenbücher? V. 51.
—, — —, species oder genus?
—, — —, Vindication oder Contractsklage — Interimsscheine, Vollactien, IV. 89.
—, — —, zum Pfand gegeben, sind in specie zu restituiren, III. 222.
—, — —, s. a. Lebensversicherungspolice, III. 398 und Wechsel, III. 417.
*Partirerei, „Unterhalt" in Art. 292. StGB., II. 413.

Digitized by Google

*Partirerei, beim Forstdiebstahl? II. 265.
*—, Competenz, P. gehört nicht zur C. des Einzelrichters, sobald der volle Werth gezahlt ist, VI. 118.
*—, forum, III. 388.
*—, gewerbmäßige, Begriff, II. 85.
*—, —, dabei Art. 72 StGB. nicht anwendbar, II. 188.
*—, —, welche Handlung das Wesen der P. ausmacht, IV. 431.
*—, —, s. a. Gewerbmäßigkeit, II. 84.
*—, Object, nicht nothwendig das des vorhergehenden Eigenthumsverbrechens, II. 83.
*Pasquill, wenn der Autor seine Auffindung möglich machte, III. 376.
„Pater est, quem etc."? III. 473.
Patrimonialgerichts-Verwalter, Entschädigungsansprüche, I. 130.
Pauperies, IV. 499. V. 176. VI. 65.
„Perjurus non jurat", nicht anwendbar im Fall leichtsinnigen Falscheides, II. 127.
— — —, durch die neue Strafgesetzgebung nicht alterirt, III. 110.
— — —, die Ausdehnung des Satzes durch Art. 226 StGB. gilt nicht für ältere Fälle, VI. 170.
Person, moralische oder juristische, entsteht nur durch Autorisation des Staats, I. 213.
Persona standi in judicio, des majorennen Hauskindes, II. 249.
*Personen, in besonderen öffentlichen Pflichten stehende ꝛc. s. Betrug, Unterschlagung, II. 187.
Personenidentität, Ermittelung? II. 243. 383. VI. 1.
Pertinenz, Brandvergütungsgelder, III. 407.
—, Inventar eines Gasthofes nicht P., IV. 76.
—, Mühlenanlage, II. 449.
Petitorium, Cumulation mit dem poss. ordinarium, V. 91.
Petitum, auf Ersatz erweislicher Schäden, macht die restit. i. i. angehend nicht rem incertae aestimationis, I. 179.
—, s. a. Appellabilität, Klagbitte und Schäden, V. 36.
Pfändungsrecht, IV. 125.
Pfandgläubiger, Beschränkung beim Verkauf mehrerer Pfandstücke, V. 237.
—, legt wegen der hyperocha Rechnung, I. 133.
Pfandschuldner, Rechtsverhältniß zwischen dem P. und dem Afterpfandgläubiger, in Bezug auf Nichtvindicabilität von Staatspapieren, VI. 155.
Pfandvertrag, s. Faustpfand, V. 283 und pactum, V. 235.
Pferdehandel, Cardinalfehler? I. 31.
—, Dummkoller nicht Cardinalfehler, II. 309. V. 52.
—, Garantie für die Gesundheit, solchenfalls rescindirt jede irgend erhebliche, wenn auch heilbare Krankheit, I. 215.
—, — für das Alter, solchenfalls rescindirt jede erhebliche Ueberschreitung, I. 216.
—, laesio enormis, II. 309.
—, praesumtio tridui, V. 266.
*Pflanzen, eingetopfte, Entwendung aus Gärten, III. 63.
*Physischer Urheber, s. strafmildernde Umstände.
Pluspetition, geringfügige, nöthigt nicht zur Kostencompensation, III. 239.
Pönalbestimmung, beim Pachte und der Miethe, Auslegung einer clausula cassatoria, V. 448.
—, inwiefern behält sie Geltung bei Fortsetzung des Miethverhältnisses durch den Singularsuccessor? I. 130.
*Polizeistrafe, nicht vom BG. zu erkennen, II. 417.
*—, s. a. Nichtigkeitsbeschwerde.
Possessorium ordinarium, Cumulation mit dem Petitorium, I. 63. V. 91.
— —, erfordert älteren 10jährigen fehlerfreien Besitz, ibid.

Digitized by Google

Possessorium ordinarium, wegen Dienstbarkeiten gegen den dominus fundi zulässig, I. 146.
— summarium, Natur, V. 43.
— —, Prüfung der innern Beschaffenheit der Besitzacte beim p. s. zulässig, V. 92.
— —, s. a. Appellabilität.
Postbeförderung, courswidrige, Restitutionsgrund, II. 382.
Posthumus, s. testamentum.
Präjudiz, über das P. der Criminalsache für den connexen Civilprozeß, IV. 434. 455.
—, der Ehebruchsuntersuchung für den Eheprozeß, IV. 454.
Präsentat, das P. ohne Angabe der Stunde weist i. Z. auf Eingang vor 5 Uhr hin, IV. 547.
Praesumtio, legalitatis, hinsichtlich der Constatirung der Personenidentität, II. 243. 383. VI. 1.
—, —, in Betreff der Vorgänge bei Verbürgung einer Ehefrau, IV. 512.
— Muciana, Bedeutung, II. 449.
— —, Einfluß bei von der Frau auf ihren Namen geschlossenen Verträgen, II. 158.
—, tridui, nur bei Cardinalfehlern, V. 266.
Präsumtion, aus der Rückgabe oder Durchstreichung der Schuldverschreibung, I. 25.
—, bei Alimentationsklagen zu Gunsten der außerehelichen Mutter Betreffs der Ernährung des Kindes, I. 141. — Exception, daß solche ein Dritter besorgt, ibid.
—, — — gegen die verehelichte Mutter, I. 355. — pater est etc., III. 473.
—, der Liberalität in Bezug auf Alimente, Dienste zwischen Eltern und Kindern, II. 445.
—, — — — — — vom Stiefvater zugebrachten Kindern gewährten Alimente, II. 446.
—, für Angemessenheit des Preises des vom Gläubiger angeschafften Surrogates der Vertragserfüllung, I. 23.
—, — — — — bei Hebung der Mängel der Waare, II. 25.
Präsumtion, für Annahme einer Cessionserklärung, aus der Production der Urkunde, I. 22.
—, für das Interesse an einer bedungenen Leistung, III. 139.
—, für den animus fraudandi, bei der Paulliana? I. 161.
—, für den selbstständigen Gewerbsbetrieb der Ehefrau, bei Connivenz des Mannes, I. 151.
—, für die Illation, II. 159.
—, für Fortdauer eines Zustandes, II. 478.
—, in Bezug auf Wechseloperationen, einer als Handelsfrau qualificirten Ehefrau gegen Letztere, I. 70.
—, zu Gunsten der Gemeinde in Betreff der Vorhäupter, I. 150.
—, zu Gunsten des Honorirten? V. 500.
Precarium, als Besitzfehler einer über rechtsverwährte Zeit bezogenen Leistung, IV. 536.
—, s. a. Verjährung.
Preis, in Mangel der Einigung darüber bei Kauf und bestellten Handwerksarbeiten bestimmen solchen Sachverständige, event. Schätzungseid, I. 333.
* Preßvergehen, Verhältniß des diesfallsigen Bundesbeschlusses v. 6. Juli 1854 §. 20 und des Ges. v. 14. März 1851 §. 26, II. 89.
* Preßvergehen, s. Hochverrath.
* Privatankläger, wenn eine Mehrheit derselben auftreten, sind jedem einzelnen derselben gegenüber die für die Concurrenz eines Privatanklägers gegebenen strafprozessualischen Vorschriften zu beachten, V. 415.
* —, s. a. Nichtigkeitsbeschwerde und Rechtsmittel.
* Privatanklage, Consumtion mehrerer möglicher Richtungen des Strafantrags durch Verspruch nach der einen, II. 560.
Privatbeamtete, s. Schichtmeister.
Privaturkunde, Datum, s. Urkunde, I. 69.

Digitized by Google

Procurist, verpflichtete vor dem HGB.'e den Principal nur innerhalb der Grenzen der Procura, VI. 129.
Prodigus, schwört auf des Curators Verlangen selbst, I. 171.
—, dessen Curator hat das benef. rest. i. i., I. 180.
Productionserkenntniß u. Reprod.-Erk., Abschaffung durch die Civ.-Proz.-Nov., V. 117.
Prohibitivbestimmung, in nur von der Verwaltungsbehörde bestätigten Statuten wirkt nach L. 5 C. de legg., II. 210.
Prorogatio fori, aus nicht rechtzeitiger Vorschützung der exc. fori zu folgern, I. 62.
— —, hebt nicht Incompetenz aus Gründen des öffentlichen Rechts, V. 216.
— —, (Oesterreich), III. 421. 422. — (Preußen) durch die Convention Art. 4 nicht ausgeschlossen, III. 519. 520.
Protestation (gegen Veräußerungen ꝛc.), auf Grund angestellter Paulliana, erfordert Bescheinigung, II. 134.
—, im Falle verhangenen Irrthums, I. 60.
—, zu Sicherung des Mieth- und Pachtrechts, IV. 319. VI. 244. 415.
—, — — von Erbschaftsansprüchen, IV. 320.
—, — — eines persönlichen Anspruchs auf das Unterirdische, IV. 406.
—, — — auf einen Theil des Grundstücks, erfordert Nachweis, welches dieser Theil sei, IV. 407.
—, Zeugenabhörung, II. 133.
—, s. a. Inhibition, Kohlenabbaurecht (VI. 238.), Rescissionsklage (I. 152.), Sicherstellung.
* Protocoll, über die Hauptverhandlung, dessen Erfordernisse, V. 247.
Provisorium, zur Lehre vom P., IV. 377.
—, Execution rechtskräftiger Verordnungen im P., IV. 379.
Provocatio ex lege diffamari, auf Grund der Geschäftsbücher des Provocaten oder eines Rechnungsauszugs, II. 380.
—, auf Grund der Beschuldigung des Nachdrucks im Auslande, II. 522.
—, Bescheinigung der Diffamation vor der ersten Ladung, V. 527.
—, Condemnatoria auf solche erstreckt sich nicht über den gerühmten Klaggrund, II. 146.
Provocatio ex lege diff., des Civilbesitzers gegen den Naturalbesitzer, VI. 430.
—, durch Litispendenz ausgeschlossen, VI. 173.
—, gegen die Erben des Diffamanten, II. 380.
—, gegen Genossenschaften wegen Berühmung ihrer Verwalter, VI. 226.
Proxeneta, proxeneticum, s. Mäkler ꝛc.
Prozeß, Vertretung einer Partei durch einen negotiorum gestor, IV. 350.
Prozeßkosten, der klagende Erbe findet wegen dieser Qualität keine Entschuldigung muthwilliger Streitsucht, I. 449.
—, in den §§. 22. 43 3 des Ges. v. 16. Mai 1839 vorgesehenen Falle, II. 378.
Prozeßlegitimation, des Actors einer milden Stiftung, VI. 222.
Prozeßvollmacht ꝛc., s. Copie, IV. 548.
Prüfungen, über die P. für die juristische Praxis und das Richteramt, IV. 337.
Publication, s. Decendium, Staatsanwalt.
Purgatorium oder suppletorium? I. 233.
Quantum possessum, tantum praescriptum, I. 150. 360. II. 323. 454. VI. 334.
Quasisocietät, in Folge Kaufs, IV. 114.
Quasitraditio, des dinglichen Befugnisses ist im Falle der Cession nicht erforderlich, I. 363.

Digitized by Google

Quasitraditio, einer Servitut, folgt aus der Ausübung, III. 229.
—, reservirter Befugnisse ꝛc. nicht erforderlich, VI. 392.
Quellen und Bäche, Dispositionsrecht des Grundeigenthümers, III. 401. VI. 140.
Querela inofficiosae donationis, ausgeschlossen, wenn der Pflichttheil durch Geschenke gewahrt, V. 383.
— — —, inwiefern zu Sicherheitsmaßregeln berechtigend? I. 152.
— — —, Verjährung, III. 493.
— non numeratae pecuniae, geht nicht auf Nachzahlung, I. 347. — s. a. exc. n. n. p., III. 469 und actio doli.
Quittung, wenn kann der Zahlende Q. fordern? II. 150.
—, des Cridars, s. Concurs.
—, s. a. Verjährung.
Rabatt, s. Discont.
*Räuberische Erpressung, Nöthigung? I. 312.
Ratihabition, des spolium, des institor Seiten des Geschäftsherrn, II. 233.
—, der Prozeßhandlungen eines nicht oder nicht gehörig legitimirten Sachwalters, I. 446.
Realbefugnisse, deren Uebertragung durch Cession, I. 363.
Realeinrede, s. Einrede, IV. 459.
Receptitien, s. Ehefrau.
Rechnungslegung, der Bürge dazu nicht verbunden, V. 275.
—, des Pfandgläubigers in Betreff der hyperocha, I. 133.
—, des socius, I. 342.
—, vom Erben nur im Rechtswege zu fordern, I. 138. — Solidarverbindlichkeit der Miterben, I. 139.
Rechnungsprozeß, eidliche Bestärkung der gelegten Rechnung, II. 524.
Recht, ausländisches, dessen Beibringnng, II. 360.
—, —, dessen Beweis, I. 471.
—, —, s. a. Collision.
*„Rechtmäßiger Besitzer", s. Eigenthumsverbrechen.
Rechtskraft, der Entscheidungsgründe, I. 459.
—, — —, einer Klagabweisung, II. 63. IV. 458.
—, — —, in Bezug auf reprobirte Einwände gegen die Schlüssigkeit, I. 237.
—, des Beweisinterlocuts, Beschränkung in Bezug auf die definitive Beurtheilung des Rechtsverhältnisses, II. 366.
—, — —, i. B. der Schlüssigkeit des Zinsenpetiti, ibid.
—, des Interlocuts auf anderweiten Termin, der Schlüssigkeitsfrage nicht präjudirlich, III. 238.
—, in Bezug auf cumulativ gegebene delata, I. 458.
—, s. a. Abweisung, Appellation (II. 375.), Eidesnotul (IV. 357.), Provocation (II. 146.), Resolution.
Rechtskräftig aberkannte Forderungen, s. Compensation, I. 20.
Rechtsmittel, ob devolutives? unabhängig von der Benennung, VI. 173.
—, s. Appellabilität, Miethdifferenzen, Resolution.
*—, Anbringen, „Nachweisung" in Art. 90 1 StPO., III. 196.
*—, —, „Beauftragter in Art. 90 1 StPO., III. 391.
*—, Anmeldung verüberflüssigt nicht die rechtzeitige Einwendung, III. 66.
*—, Beginn der Frist, wenn das Erkenntniß im Verhandlungstermine beim Außenbleiben des vorgeladenen Angeklagten publicirt, II. 272.
*—, des Contumax im Fall des Art. 319 StPO., II. 94.
*—, des Ehemannes für die Ehefrau, wenn diese selbst denuncirt hatte, unzulässig, II. 274.
*—, des Privatanklägers, gegen Strafauflage nach Art. 268. 271. StPO., II. 280.
*— des StA.'s, für den Angeschuldigten, Beginn der Frist, II. 273.
*—, — —, gegen Strafauflage nach Art. 268. 271. StPO., II. 280.
*—, Erläuterung des Art. 378 StPO., II. 282.

Digitized by Google

* Rechtsmittel, Extension der NB. des einen Mitschuldigen gegen die IIda des BG.'s zu Gunsten des anderen, III. 176.
* —, — — analoge, auf Fälle der Berufung, Art. 348 oder des Einspruchs, Art. 379 3, II. 556.
* —, Legitimation des Sachwalters, I. 324. 422.
* —, Wiedereinsetzung gegen das Versäumniß daran, wegen unterbliebener Belehrung, II. 274.
* „Rechtswidrige Zwecke, in Art. 311 StGB., III. 195.
Recognitionsregistratur, Ausdrucksweise, II. 525.
—, Personenidentität, II. 243. VI. 1 fg.
—, vor dem Grund- und Hypothekenrichter, Form, II. 383.
* Redacteure von Zeitschriften, die dens. §. 26c des Preßgesetzes vom 14. März 1851 angedrohte Strafe ist nicht blos subsidiär, VI. 41.
Redemtio litis, wenn vorhanden? I. 136.
Reformatoria, eine R. nach dem Gravamen einer Partei, ist von derselben i. Z. nicht, auch nicht durch Adhäsion anfechtbar, VI. 224.
Registraturen, s. Personenidentität.
Regreß, des nach öffentlichem Rechte Pflichtigen, gegen einen Dritten im Civilwege, I. 373.
—, s. a. Bürge, VI. 134.
Remedium ex l. 2 C. de resc. e. v. s. Rescissionsklage.
—, ob gratificationem, conscientia fraudis nicht erforderlich, I. 163. — was ist größere Vigilanz? ibid.
— — —, III. 129.
— — —, Beweislast, IV. 418.
Renunciatio litis, Wirkung theilweiser r. l. in dritter Instanz ohne Rechtsmittel, V. 219.
Replica doli, beim Kauf, V. 155.
— —, gegen die Exception 30tägiger Verjährung der Quittung, II. 430.
Replik, negans non excipit. etc.? III. 109.
Replik, Schlüssigkeit, II. 358.
—, wenn ist solche der Klage zu inseriren? III. 312. IV. 335. V. 37.
Requisition, Oesterreichische, wegen Abpfändung eines in Sachsen befindlichen Objects, III. 420. — Behändigung der Ladung auf eine Provocationsklage, III. 421. — Einbringung von Kosten 2c., III. 424.
Rescissionsklage, wegen laesio enormis, wie von der inoff. don. querela in Bezug auf Sicherheitsmaßregeln nach §. 147. 148. des Hyp.-Ges. unterschieden? I. 152.
Res incertae aestimationis, I. 179.
Res judicata, zur Lehre von der r. j., II. 31. s. a. Rechtskraft.
— —, der Sentenz in foro arresti, V. 20.
— litigiosa, wird das Grundstück nicht durch persönliche Klage auf Uebergabe, II. 52.
— succedit in locum pretii etc., I. 154.
Resolution, nach §. 16 der Civ.-Proz.-Nov., Rechtskraft, Rechtsmittel, V. 118.
Restitutio in integrum, dadurch kann nicht eine Instanz geschaffen werden, I. 177. IV. 208.
—, wenn solche der Person zusteht, kann vom Richter auch ohne Antrag ertheilt werden, I. 179.
—, Petitum auf Ersatz erweislicher Schäden macht nicht rem incertae aestimationis, I. 179.
—, prozessuale, Form der Ertheilung, VI. 225.
—, gegen Versäumniß am Erscheinen im Schwörungstermin, in Folge nicht rechtzeitiger Benachrichtigung Seiten des Sachwalters, IV. 371.
—, haben Actiengesellschaften nicht, I. 462.
—, haben Altgemeinden, I. 214.
—, haben solches Arme? II. 382.
—, hat der curator prodigi, I. 180.
—, hat die Ehefrau in Illatenprozessen, I. 178.
—, im Concurs, s. diesen.
—, — wegen gefänglicher Haft gesucht, nicht bewilligt, III. 259.

Digitized by Google

Restitutio in integrum, wegen langsamer Postbeförderung, nur wenn diese courswidrig, II. 382.
—, — wegen Säumnisses des Sachwalters, bei Unschätzbarkeit des Objects, VI. 225.
—, wegen S. d. S. in Folge Krankheit, II. 515.
—, wegen Versehens des Sachwalters aus unrichtiger Rechtsansicht, unstatthaft, I. 463.
—, s. a. Eid, Rekation ꝛc.
Restitutions- und Rescissionsklage gegen ein rechtskräftiges auf Grund falscher Zeugenaussagen gesprochenes Erkenntniß, IV. 333. (eine Unklarheit in der Note hebt sich nach S. 445.).
Retentionsrecht, Natur, II. 529.
—, des locator operarum, beschränkt sich auf den Gegenstand, wegen dessen der Lohn verdient ist, I. 32.
—, des Verpachters ꝛc. nicht anwendbar bei Kohlenabbauverträgen, VI. 27.
—, exc. l. un. C. 8. 27. steht nicht dem Hypothekarier zu, V. 286.
—, qualificirtes der Commissionäre ꝛc., s. Wechsel, V. 390.
—, —, nach Art. 313—315 HGB., diesfalls gilt §. 4 des Einf.-Ges. v. 30. Oct. 1861, VI. 75.
*Retorsion, Art. 243 StGB. — Competenz für die Erörterung, I. 329.
*— in Fall der Erwiderung nicht der unmittelbar Beleidigte ist, I. 519.
*—, nicht ausgeschlossen durch Bestrafung der einen Beleidigung, II. 74. III. 442.
*—, Art. 243 a setzt Gegenrüge voraus, II. 75.
*—, beim Pasquill, III. 376.
*—, nur auf Antrag zu berücksichtigen, V. 128.
*—, unter welchen Voraussetzungen schließt dieselbe das Recht zum Strafantrag des Vertreters einer Mehrzahl aus? IV. 65.
*—, zieht Verlust des Strafantrags nach sich, auch wenn sie leichter als die Vorbeleidigung, VI. 85.
*Retorsion, des unmittelbar Beleidigten schließt Strafantrag des mittelbar Beleidigten aus, VI. 283. 439.
*—, hat rechtliche Wirkung, auch wenn von Kindern ausgehend, VI. 440.
*Reue, thätige, Art. 59 StGB., I. 413.
*—, —, Wirkung, s. Beihülfe, III. 373.
Revocation, eines Verzichts wegen error, resp. dolus, I. 330.
*Richter, s. Untersuchungsmaterial.
Richteramt, Prüfung für das R., IV. 337.
Röhrwasser, Abfallservitut, II. 39. 242. III. 460.
*Rückfall, gehört nicht zur thatsächlichen Feststellung im Sinne Art. 347. 351. StPO., I. 423.
*—, Beurtheilung der früheren Verbrechen nicht in durius! I. 423.
*—, diesfalls ist das Resultat der früheren Untersuchung maßgebend, II. 545.
*—, im Fall im Militärdienst wegen Eigenthumsvergehen erlittener Disciplinarstrafe, II. 259.
*—, Verjährung, wird auch durch blos gleichartige Verbrechen (Art. 83) ausgeschlossen, V. 136.
*—, —, auch bei Art. 300 leiden die Bestimmungen des Art. 84 Anwendung, V. 137.
*—, —, deren Unterbrechung, VI. 437.
*—, nicht wegen Polizeistrafen I. 516.
*—, s. a. Eigenthumsverbrechen, Strafe, Art. 300.
*Rückfallsstrafe, s. Forstdiebstähle.
Rücktritt, von einem von A. pur, vom B. mit Vorbehalt der Genehmigung des C. geschlossenen Vertrage Seiten des A., nachdem C. seiner Genehmigung eine neue Voraussetzung beigefügt, I. 473.
Sachlegitimation, s. Legitimation.
Sachsenbuße, III. 41. V. 276. VI. 58. 61. 65.

Digitized by Google

Sachverständige, aus der Mitte einer prozessirenden politischen Gemeinde nicht unzulässig, III. 458.
—, Beurtheilung sich widersprechender Gutachten, V. 40.
—, Form des Beweises durch S., III. 256.
—, müssen diesfalls qualificirt sein, I. 173.
—, die Wahl eines ungeeigneten Sachverständigen präjudicirt der betr. Partei, I. 174.
—, Mittelzahl bei Werthsermittelungen, I. 175.
—, Taxation, Prüfungsrecht des Richters, II. 365.
—, Zahl, V. 81.
— Zeugen, s. diese.
Sachverständigenverein, dessen Gutachten in Nachdrucksachen, I. 221.
* Sachverständiger, Gutachten und Obergutachten in Criminalsachen, Nothwendigkeit, Form, I. 310.
* —, s. a. Ortsgerichtspersonen.
* Sachwalter, s. Advocat, Fristversäumniß und Unterschlagung.
Sächsische Frist, s. Frist.
Savigny, von, Votivtafel, II. 480. — Gedenkblatt, III. 529. — Savignystiftung, V. 189.
* „Schaden", in Art. 288 StGB., I. 319.
* —, s. a. erheblicher S. und Hinterziehung.
Schadenersatzpflicht, der Eisenbahnverwaltung, II. 527.
—, des culposen Brandstifters, III. 179.
—, des Dienstherrn wegen gefährlicher Aufträge, II. 21. V. 272.
—, des Mandans, II. 22.
—, des Mandatars, Spediteurs, V. 173.
—, des Socius, VI. 307.
—, in Folge Zusammenstoßes zweier Schiffe, II. 229.
Schäden, erweisliche, Petitum auf Ersatz v. S. durch Erledigung des Hauptpetiti auf Vertragserfüllung hinfällig, V. 36.
—, —, s. Appellabilität.
Schädenansprüche, neben der Sachsenbuße, VI. 65.
Schädenklage, Verhältniß zur Negatoria, II. 541.
—, —, zur aquae pluviae arcendae, III. 297.
* Schänkstätte, Hausfriedensbruch, III. 320. VI. 32.
* Schärfung, s. Arbeitshausstrafe.
Scheingeschäft, s. Simulation.
Schenkungen, unter Ehegatten, VI. 329.
Schenkung, s. a. donatio.
Schichtmeister, auf Privatgruben hat i. Z. kündbare Anstellung, V. 231, VI. 275.
Schiedseid, kann h. z. T. nicht wie nach Röm. Rechte auf ein se dare non oportere gerichtet werden, III. 288.
—, compromissarischer, dessen Unabänderlichkeit, V. 510.
Schiedsgericht, das Verfahren vor S.'n, VI. 232.
Schiedsgerichtssache, Befugnisse des in einer S. „zu Leitung des Beweisverfahrens" autorisirten Civilgerichts, VI. 228.
Schiedsspruch, Compromiß der Contrahenten auf S., IV. 394.
—, dessen Geltendmachung im Executivprozesse, VI. 230.
—, anfechtbar wegen Arglist, nicht wegen Unangemessenheit, VI. 320.
Schiffe, Zusammenstoß, Schadenersatz, II. 229.
* Schilfrohr, ist mit unter Gras im Forst-StG. zu verstehen, VI. 446.
* Schmähungen, in Beziehung auf Cultus ꝛc., „öffentliche Mittheilung" in Art. 232 StGB., III. 322.
* —, Rechtsfall, VI. 107.
* —, staatsgefährliche, s. Kritik.
Schützengilden ꝛc., Acquisitivverjährung von Obligationen, V. 441.
—, Syndicat, V. 507.
Schuldanerkenntniß, durch Contocorrentausstellung, II. 27.
—, s. a. constitutum.
Schuldarrest, s. Wechselprozeß.

Digitized by Google

Schuldverschreibung, Rückgabe oder Durchstreichung ders., s. Präsumtion, I. 25.
—, Ausstellung einer neuen über einen Schuldrest oder an Stelle der alten inwiefern Novation? ibid.
—, des Ehemannes, Mitunterzeichnung der Ehefrau unschädlich, IV. 33.
—, wechselmäßige, Requisite, I. 540.
* Schulstube, s. Geschäftslocal.
* Schwerste Strafe, begründet die Competenz zu Fällung des Nachtragserkenntnisses, IV. 23.
Schwörungstermin, Formalität der Ladung des Gegners des juraturus — Requisition — Officialmandatar, IV. 171.
—, der Gegner des juraturus kann i. Z. der Verkürzung der Ladungsfrist nicht widersprechen, IV. 361.
Schwurmänner, Credulitätseid, V. 516. — Ignoranzeid, II. 128.
Scriptura pro scribente, I. 188. — ? VI. 423.
* Selbstbestimmung, s. Anstiftung.
* Selbsthülfe, „unerlaubte S., in Art. 247 StGB., II. 75.
* —, Schutz des Eigenthums i. d. R. nicht unerlaubte S., III. 101.
Separatio a thoro et mensa, s. Ehetrennung.
Separationsrecht, des Cessionars in Bezug auf einen vor dem Concurs cedirten, jedoch zum Concursdepositum eingezahlten Außenstand, VI. 234.
Septiduum, Erstreckung durch den Richter allein, III. 452.
Servitus actus, I. 150.
— aquaeductus, durch unterirdische Röhrleitung — Reparatur, III. 231.
—, aquae haustus, Dismembration des berechtigten Grundstückes, II. 453.
— — —, Verjährungserwerb, I. 55.
— necessaria, Ausschluß im Fall die Nothwendigkeit vom die s. n. beanspruchenden veranlaßt, V. 495.
— —, Form der Geltendmachung, VI. 153.
Servitus viae, Breite, I. 150.
— —, darauf zielt nicht ohne Weiteres die Stipulation eines „freien Wegs", I. 224.
— —, Erschwerung durch Mitbewirthschaftung eines Beistücks, II. 35.
Servitut, Eintragung im Grund- und Hypothekenbuche, s. diese.
—, Natur, Umfang, II. 453.
—, oder Nießbrauch oder Superficies? III. 487.
—, quasitraditio, s. diese.
—, Verjährungserwerb, zu Gunsten einer Commun durch deren Mitglieder, II. 456.
—, verschwiegene, diesfalls Klage und Preisminderung event. Rescission — dolus, I. 478.
Servitutenstreitigkeiten, i. Z. causa ardua, und incertae aestimationis, II. 352.
* Sicherheit, s. öffentliche S.
Sicherheitsmaßregel, gegen Ausländer, II. 136.
—, Bescheinigung durch Zeugen, II. 133.
—, s. a. Inhibition, Protestation, Rescissionsklage.
Sicherstellung, eines durch Kauf erworbenen Rechts auf das Object kann nicht gefordert werden, wenn liquid ist, daß der Verkäufer nicht erfüllen kann, IV. 318.
Simulation, beim Kaufe, II. 216.
—, beim Pfandvertrage, II. 532.
—, Beweis, II. 372.
—, durch Cession, V. 17. VI. 67.
Societas distractionis, VI. 49.
— leonina, VI. 28.
—, s. a. Gesellschaftsvertrag, Handelsgesellschaft u. Quasisocietät, IV. 114.
Socius, s. Gesellschaftsvertrag, Handelsgesellschaft.
Sortimenter, s. Buchhandel.
Sparkassenbücher, sind nicht Inhaberpapiere, V. 51.
* Sparkassenbuch, wie dessen Werth zu berechnen? V. 135.
Spatium deliberandi, ob erledigt, kann nicht erst in der Execu-

Digitized by Google

tionsinstanz ermittelt werden, I. 158.
Specialvormund, s. Vormund, V. 24.
Specificationspflicht, bei theilweisem Nachlaßbesitz, III. 494.
—, des Ehemannes in Betreff eines der Ehefrau angefallenen Nachlasses, VI. 167.
Spediteur, s. Mandat und Retentionsrecht.
Speditions- oder Verladungsvertrag? IV. 476.
Spiritusfabriken, gehören nicht zu den §. 22. des Gew.-Ges. vom 15. Oct. 1861 gedachten Gewerbsanlagen, V. 215.
Spolium, s. actio spolii.
* Spruchreife, in GA.'lichen Fällen ist Sache des Ermessens, II. 270.
* Staatsanwalt, dessen Mitwirkung bei Verhandlung über den Einspruch ist erforderlich bei Körperverletzung nach Art. 167 2, in so fern dabei Art. 169 2 Anwendung findet, IV. 525.
* —, dessen Zuziehung zur Publication des Urthels nach HV. nicht essentiell, II. 276. — Berufung gegen den Kostenpunkt im BG.'lichen Enderkenntniß unstatthaft, II. 277.
* —, die Vorschrift des Art. 362 1 StPO. wegen Bekanntm. des Actenschlusses an den StA. ist wesentliche Formvorschrift, II. 280.
* —, hat kein Rechtsmittel gegen Entscheidung auf Uebertragung der Kosten aus der Staatskasse, VI. 127.
* —, ob er der Gerichtspolizei des Vorsitzenden in der HV. unterworfen? III. 172.
* —, s. a. Haftentlassung, neue Thatsachen, NV., Rechtsmittel und Voruntersuchung.
* Staatskasse bezahlt nur die Kosten des in der Hauptverhandlung auftretenden Vertheidigers, IV. 268.
* Staatsgefährliche Schmähung, s. Kritik.
* Staatsoberhaupt, kann die ihm Art. 138 StGB. vorbehaltene Entschließung durch das vertretende Gesammtministerium fassen lassen, IV. 58.
* Staatsoberhaupt, s. a. Bedrohung.
Staatspapiere, s. Papiere au porteur.
Steinkohlen 2c, s. Kohlen 2c.
Stellvertreter, Besitz- und Eigenthumserwerb durch solche, VI. 486.
Stiefvater, s. Kinder, zugebrachte, II. 446.
Stiftung, milde, Prozeßlegitimation des Actors einer m. St., VI. 222.
—, —, Verhältniß mehrerer Administratoren einer solchen, VI. 317.
Stillschweigende Erklärung, II. 211.
* Störung, gottesdienstlicher Handlungen, VI. 107.
* „Stoppeln" von Kartoffeln, I. 88.
* Strafanstalt, des h. C. Borromäus in Prag, II. 193.
* Strafantrag, unter Bezugnahme auf unrichtige Strafartikel, IV. 266.
* —, unter Bezugnahme auf verschiedene Strafvorschriften, VI. 117.
* —, unter welcher Voraussetzung dessen Zurücknahme auch nach der Publikation des Erkenntnisses zulässig, VI. 83.
* —, wegen absichtlicher Körperverletzung, involvirt den wegen culposer, I. 275.
* —, Zurücknahme unwiderruflich, II. 189.
* —, s. a. Angeklagter, Beschlußfassung, Drohung, Retorsion.
* Strafantragsrecht, amtlich Vorgesetzter nach Art. 246. StGB., II. 178.
* Strafauflagen, nach Art. 368. 371. StPO., Rechtsmittel des StA.'s und des Privatanklägers, II. 280.
* „Straferhöhung" in Art. 84. — Art. 300 StGB., II. 173.
* Straffreisprechung, in wiefern mittelst Einspruchs anzufechten? II. 92. VI. 126.

Digitized by Google

* Strafhöhe, Berufung gegen dieselbe schließt Prüfung der Schuldfrage nicht aus, VI. 447.
* —, s. a. Strafverfügung.
* Strafmaas, s. Herabsetzung.
* Strafmildernde Umstände, die auf das persönliche Verhältniß des physischen Urhebers sich gründen, inwieweit sie dem intellectuellen Urheber zu Statten kommen, VI. 30.
* „Strafverfahren" in Art. 349. I1, nur formelles Recht, I. 95.
* Strafverfügungen können vom Bez.-Ger. auf Einwendung gegen die Strafhöhe auch wegen unrichtiger Gesetzesanwendung nicht cassirt werden, VI. 123.
Studirende, Gültigkeit ihrer Rechtsgeschäfte, III. 212.
Subhastation (nothwendige), mit doppelten Licitis in Folge eingetragener Abbaurechte, V. 498.
—, Notification an den Schuldner ist nicht essentiell, II. 66.
—, nur die S. im Concurs zwingt den Hypothekarier zur Liquidation, I. 154. VI. 185.
—, wegen Stellung eines zweiten Scheinlicitanten nichtig, I. 477.
Subscribenten, Klage des Verlegers gegen sie auf Abnahme erfordert Bezugnahme auf prospectmäßige Lieferung, I. 36.
—, s. a. Buchhandel, III. 285.
Substitution, von Beweismitteln, im Verlustfall, II. 1.
Summa appellabilis, s. Appellabilität.
Superficies, oder Servitut? III. 487.
Suppletorium, bei inopia probationum, V. 41.
—, oder purgatorium? I. 233.
* Sympathetische Curen, sind keine Medikasterei, IV. 258.
Syndicat, der Altgemeinden, V. 218.
—, der Schützengilden ꝛc., V. 507.
* „Täuschung", in Art. 284 StGB., III. 324.
* Taxordnung, deren Bestimmungen präjudiciren der Auslegung publicirter Gesetze nicht, V. 145.
* Telegraphische Depeschen, als Urkunden zu betrachten, VI. 37.
Testament, correspectives, II. 53. 163. 166.
—, des Analphabetos, I. 225.
—, ein gültiges, wird durch ein ungültiges nicht rumpirt, daher enthält die Beibringung des Ersteren bei hered. petitio qualif. wider den in beiden eingesetzten Erben, eine exc. litis ingr. imp., I. 229.
—, Personenidentität, praes. legalit., II. 243.
—, reciproces, II. 163.
Testamentsexecutor, Mandatar des Erblassers, resp. der Erben, I. 156.
Testamentum, agnitione posthumi ruptum, in wiefern durch Agnition des Verletzten aufrecht zu erhalten? VI. 157.
—, — — —, nicht durch die Codicillarclausel sanirt, III. 493.
* Thätliche Angriffe auf die Schamhaftigkeit, III. 443.
* That, s. bei der Th.
* Thatbestand, s. d. einzelnen Verbrechen.
* Thatsache, was ist unter thatsächlicher Feststellung zu verstehen? IV. 22.
* Thatsachen, s. neue Th.
Theilung, horizontale eines Hauses regelt nur die Benutzung und schließt act. comm. divid. nicht aus, III. 226.
Thiere, Schaden durch Hausthiere, s. pauperies.
* Todtschlag, Voraussetzung der Anwendung, Art. 156 2 StGB., II. 70.
* Tödtung, absichtliche oder culpose, bei solchen ist zu Feststellung des Thatbestandes die Leichenöffnung nicht unbedingt erforderlich, II. 91.
* —, culpose, ideelle Concurrenz mit Verheimlichung der Geburt, III. 437.
Treibe- und Triftgerechtigkeit, I. 150.
Trödelvertrag, überträgt i. Z. nicht das Eigenthum, II. 313.
Turbativact, s. Verjährung.

Digitized by Google

Turpis causa, hat das vor, nicht das nach dem Ehebruche der Dirne vom Ehemanne gegebene Ausstattungsversprechen, VI. 328.
— —, s. a. cond. ob. t. c.
*„Ueberlegung", im Art. 155. StGB., V. 241.
Uebernahme, eines Werkes, nicht Approbation in Bezug auf verborgene Fehler, III. 142.
*Ueberzeugung, richterliche, II. 420.
*Unbedachtsamkeit, Miturheberschaft durch unterlassene Verhinderung, I. 259.
*„—", in Art. 227 StGB., III. 99.
*Unbefugtes Eindringen in „fremdes Geheimniß", Art. 373 StGB., II. 414.
*Unerlaubte Selbsthülfe, in Art. 247 StGB. II. 75.
*— —, Schutz des Eigenthums i. d. R. nicht u. S., III. 101.
Universalfideicommiß, dessen Restitution, III. 185.
Unmöglichkeit, der Vertragserfüllung ohne freiwillige Mitwirkung Dritter; solchen Falls nur Klage auf das Interesse, I. 19. IV. 102. V. 49.
—, Beschränkung des Satzes, IV. 469.
—, s. a. Sicherstellung.
*„Unordentliche Buchführung" in Art. 308 StGB., III. 58.
*Unterbrechung, der Strafverjährung, V. 122.
*„Unterhalt" in Art. 292 StGB., II. 413.
*Unterlassene Anzeige begangener Verbrechen, „nahe häusliche Verhältnisse" in Art. 72 StGB., III. 193.
*—, Verhinderung eines bevorstehenden Verbrechens, Art. 70² StGB. begreift nicht die Inbrandsteckung eigener Gebäude, III. 241.
*Unterlassungen, pflichtwidrige, nach dem Ges. v. 11. Aug. 1855, die Beschädigung von Eisenbahnen ꝛc. betr., I. 323.
*Unternehmen, mit unmöglichem Erfolg, I. 81. IV. 152.
*Unterschlagung, an speciell zur Bewachung übertragenen Gegenständen, V. 130.
*—, ausgezeichnete, auch wenn Verpflichtung zur Einnahme nur eventuell, V. 132.
*—, —, setzt nicht voraus, daß die Verpflichtung eidlich erfolgt sei, V. 133.
*—, — eines Sachwalters beschränkt sich nicht auf rein advokatorische Geschäftsführungen, I. 273. V. 133. 422.
*—, Auslegung der Worte: „in derselben Gattung zu gewährende Sachen" in Art. 287. — „Inhabung" in Art. 287, — „wohlbegründete Ueberzeugung" in Art. 287. 288. StGB., II. 411.
*—, Cautionen sind nicht sofort verfügbare Deckungsmittel, sondern nur Mittel zur Ersatzleistung, IV. 522.
*—, deponirter Gegenstände, wer dabei der Verletzte? V. 139.
*—, des an die Stelle einer anvertrauten Sache getretenen Werths, V. 421.
*—, die besonderen Fälle vers. in Art. 287 a StGB., V. 193.
*—, fortgesetzte, I. 521.
*—, mit unbestimmtem bösen Vorsatz, VI. 110.
*—, nach Art. 285 1 b oder Art. 289 a StGB.? II. 187.
*—, Object nach dem Zeitpunkt des Verbrauchs zu bemessen, I. 419.
*—, — beim Uebergang widerrechtlicher Benutzung ꝛc. in U., I. 522.
*—, oder Diebstahl? I. 500. II. 185. III. 102.
*—, Strafe, Art. 289 1, III. 194.
*—, unter no. 2 oder no. 3 Art. 289 StGB., IV. 263.
*—, unter welchen Voraussetzungen Miturheberschaft dabei möglich, IV. 157.
*—, von Arbeitsmaterial, III. 57.
*—, Zeitpunkt der U. eincassirter und zu diesem Behufe nicht oder nicht richtig gebuchter Einnahmeposten, IV. 522.

Digitized by Google

*Unterschlagung, s. a. Betrag, Concurrenz, Dienstkleidung, Inhabung, Metzgarn.
*Untersuchungsmaterial, dazu gehört nicht, was außerhalb der Untersuchung zur Kenntniß des Richters kommt, VI. 448.
*Unzucht mit Kindern in Concurrenz mit Nothzucht, II. 409.
*—, mit Stieftindern nach gelöstem vinculum affinitatis, III. 329.
*Unzuständigkeit, des BG.'s, in welchem Falle gegen das Enterkenntniß geltend zu machen? IV. 431.
Urkunde, Editionseid wegen im Pfarrarchiv aufzubewahrenden Acten ist vom Pfarrer zu leisten, IV. 27.
—, Editionspflicht des Staates in Bezug auf im Gewahrsam seiner Behörden befindliche U., IV. 367.
—, öffentliche, einer ausländischen Behörde resp. e. a. Souverains, IV. 362.
—, —, inwiefern dafür Concepte und Copien in archivarisch aufbewahrten Acten zu halten, IV. 26.
—, private, deren Datum bedarf des besonderen Beweises, I. 68.
—, Requisit der Induction einer in fremder Sprache abgefaßten, I. 231. IV. 366.
—, über einen Vertrag, erschöpft i. Z. den Inhalt des Vertragswillens, I. 472.
—, s. a. Copie, Edition, Folien, Substitution.
*„Urkunde", in Art. 311 StGB., II. 191.
*Urkunden, s. Telegraphische Depeschen.
Urkundenbeweis, als Beweisurkunde kann nicht ein von einer Behörde auszustellendes Zeugniß inducirt werden, I. 452. (II. 362). III. 337.
*Urkundenfälschung, als Versuch des Betrugs, IV. 311.
*Urtheil, die Ehre eines Andern beeinträchtigendes, ist an sich keine Ehrverletzung, IV. 260.
Vater, dessen Klage in Vertretung eines mündigen Kindes ist nicht deshalb unschlüssig, vielmehr wird auf Legitimation erkannt, II. 249. II. 354.
Vaterschaft, s. Alimentationsklagen und Zugeständniß.
*Veräußerungen, s. Concurs.
Veräußerungsverbot, allgemeines, dessen Voraussetzungen, I. 380. II. 137. IV. 391.
*Verantwortlichkeit, s. Zündstoffe.
*Verbindung, zu einem Verbrechen, Vorschlag erfolgloser dazu, noch nicht Versuch der Anstiftung, III. 316.
*—, zu gewerbmäßigem Stehlen, III. 319. 433.
*Verbreitung, staatsgefährlicher Lehren, Richtung des dolus, II. 69.
Verbürgung, der Ehefrau für den Ehemann, s. Ehefrau.
Verehelichung, anderweite, in wiefern sie dem schuldigen Theile nachzulassen, I. 80. IV. 1. — Rechtskraft des diesfalsigen Urtheilspassus, IV. 9.
Vereine, welche nicht pers. morales, sind processual als singuli zu betrachten, I. 214.
*Vereinigung, der Untersuchungen zusammentreffender Verbrechen, VI. 120.
Verfahren, nach §. IV. und XIV. des OAPat. v. 1727, VI. 174.
—, rechtliches, nach der Civ.-Proz.-Nov., s. Fristen.
Vergleich, Anfechtung mit der actio quod metus causa oder der condictio ob turpem causam, I. 34.
*Verhandlungstermin, die unterlassene Benachrichtigung des Vertheidigers von dessen Anberaumung bewirkt in Einzelrichtersachen keine Nichtigkeit, IV. 559.
*Verheimlichung, der Geburt in Concurrenz mit Kindestödtung, III. 437. IV. 59.
*— — —, Strafbarkeit im Fall das Kind todt zur Welt kommt oder alsbald verstirbt? II. 71.

Digitized by Google

*Verheimlichung, der Geburt, setzt nicht Lebensfähigkeit des Kindes voraus, V. 126.
Verheirathung, als Bedingung, I. 124.
—, als dies., III. 293.
—, s. a. Erbtheil.
Verjährte Forderungen, s. Compensation, I. 20.
Verjährung, acquisitive, am öffentlichen Wege, IV. 94.
—, —, einer Servitut Seiten einer Commun, II. 456.
—, —, einer Wegegerechtigkeit oder eines ähnlichen j. discontinuum durch V. erfordert i. Z. jährlich mindestens einmalige Ausübung, II. 43.
—, —, in Obligationsverhältnissen, V. 441.
—, —, von Befugnissen, s. Zeugenbeweis, IV. 27.
—, —, dabei kann das factum turbativum nicht als Besitzact benutzt werden, VI. 501.
—, —, die Aussage eines Zeugen, welcher einen Besitzact, jedoch als precario erfolgt, bestätigt, fördert den Beweis nicht, VI. 503.
—, —, s. a. Observanz.
—, extinctive, auf wie lange durch Liquidation im Concurs unterbrochen? V. 66.
—, —, der actio emti und redhibitoria, V. 155.
—, —, 30tägige der Quittungen, ausgeschlossen durch gleichzeitiges Zahlungsversprechen, I. 30.
—, —, —, replica doli, II. 430.
—, —, nicht gehemmt durch Unkenntniß des Berechtigten von seinem Rechte, I. 28.
—, —, 40jährige der Litispendenz, V. 408.
—, kurze, „Anerkenntniß" und „Zahlungsversprechen" im Ges. v. 23. Juli 1846 §. 5d und 11, V. 257.
—, —, ausgeschlossen durch mündliche Gestundungsverträge, V. 433.
—, —, — durch Novation, I. 551.
—, —, bei Ziegel-, Kalk-, Torf-, Braunkohlen-Lieferungen, I. 550.
—, —, deren Unterbrechung durch Ausstellung eines Schuldbekenntnisses, Beweis durch Eidesantrag, I. 29.
Verjährung, kurze, der Forderungen, für vom Händler an Müller und Bäcker verkauftes Getreide, IV. 97.
—, —, diesfalls ist die Replik, daß Beklagter mit den betr. Gegenständen ein kaufm. Geschäft betreibe, der Klage zu inseriren, II. 359. — Eidesantrag hierunter unzulässig, II. 512.
—, —, ist vom Richter e. o. zu berücksichtigen, I. 331.
—, qualificirte, erforderlich zu Erwerbung des Rechts auf einen Wasserabfall, III. 400.
—, —, in Bezug auf Benutzung von Bächen und Quellen, III. 401.
*—, der Strafbarkeit, Unterbrechung, I. 307. V. 122.
*—, —, —, analoge Anwendung des Art. 114 StGB. bei Aussetzung bis zum Ausgange einer Criminalsache, I. 517.
*—, s. a. Rückfallsverjährung.
Verkäufer, Haftung für nicht überwiesene Hypotheken, V. 268.
—, hat i. Z. für die erforderliche Dismembration zu sorgen, V. 270.
Verkauf, der Früchte auf dem Halm, ist nicht mehr verboten, II. 434.
—, doppelter, desselben Grundstücks, diesfalls giebt die Uebergabe kein Vorzugsrecht, II. 218. V. 159.
Verladungsvertrag oder Spedition? IV. 476.
Verlagsbuchhändler, s. Buchhandel.
Verlagsschein, beweist nicht das Verlagsrecht für die Zeit vor der Ausstellung, IV. 40.
*Verleitung, zu wahrheitswidriger Aussage, auch erfolglose ist strafbar, III. 245.
*Verletzter, s. Eigenthumsverbrechen.
*Verletzung, pflichtmäßiger Verschwiegenheit muß in die Zeit des Dienstverhältnisses fallen, III. 168.
*Verletzungen, der Sittlichkeit, sind nicht blos Verstöße gegen die Zucht in geschlechtlicher Beziehung, V. 247.

Digitized by Google

*Verläumdung, Auslegung der Art. 235. 237. StGB., I. 316.
*—, Begriff, II. 546.
*—, in Gegenwart, I. 266.
*—, kann auch in Civilprozeßschriften vorkommen, V. 244.
*—, nicht jeder Zeit Beleidigung, II. 73.
Verlöbniß, öffentliches, konnte vor dem Ges. C. v. 28. Jan. 1835 nicht durch bloßen mutuus dissensus gelöst werden, IV. 91.
*„Verlorene Sachen" in Art. 291. StGB., II. 82. V. 246.
Vermächtniß, s. Legat.
Vermuthung, s. Präsumtion.
*Verpfändung, fremder Sachen, „Schaden" in Art. 288 StGB., I. 319.
*Verpflichtung, eidliche, s. Unterschlagung.
*—, eventuelle, ibid.
*„Verschlossenes Behältniß", IV. 156.
*Verschluß, s. Bindfaden und Zubinden.
*Versicherung an Eidesstatt, wahrheitswidrige, wenn Meineid oder leichtsinniger Falscheid? II. 72.
Versprechen, „in annoch zu bestimmenden Terminen zu zahlen", II. 215.
—, der Theilung des Mehrerlöses, II. 217. 432.
—, nicht zu cediren, ob dem Cessionar gegenüber wirksam? IV. 466.
*Versuch, Anstiftung zum V. straflos, IV. 149.
*—, beendigter und nicht beendigter, III. 371.
*—, der Anstiftung? III. 316.
*—, des ausgezeichneten Diebstahls, setzt um als beendigt angesehn zu werden die Beendigung der Qualifikationshandlung voraus, IV. 66.
*—, des Falschmünzens, IV. 149.
*—, s. a. Mordversuch und vorbereitende Handlung.
*Vertheidiger, Außenbleiben in der HV. wie zu entschuldigen? I. 278.
*—, ist in der ES. nicht zur Acteneinsicht aufzufordern, I. 283.
*Vertheidiger, s. a. Verhandlungstermin.
*Vertheidigung, nothwendige, durch §. 48 der Taxordnung nicht aufgehoben, V. 144.
*Vertheidigungsanträge, gegen abfällige Bescheidung auf dieselben keine Nichtigkeitsbeschwerde statthaft, VI. 449.
*Vertheidigungskosten, darauf ist das Ges. v. 14. Mai 1840 nicht weiter anwendbar, II. 285.
*—, nothwendige sind vom Richter auszuzahlen, IV. 22.
—, s. a. Staatskasse.
Vertrag, des Ehemannes, als neg. gestor, vom Dritten bis zur Ratihabition revocabel, III. 46.
—, eidliche Bestärkung, II. 331.
—, schriftlicher, s. Urkunde, I. 472.
—, suspensiv oder resolutiv bedingt geschlossen? s. Bedingung.
—, Verabredung der Schriftlichkeit, der Niederschrift, III. 138.
—, s. a. Rücktritt, I. 473.
Vertragsschluß durch Repräsentanten. — Directoren von Actiengesellschaften, III. 280.
*„Vertrieb" in Art. 61 StGB., II. 67.
*—, umfaßt auch den Versuch des Verkaufs, IV. 53.
Verwaltungsbeamte, Civilklage gegen solche, I. 547.
*Verwandtschaft, s. Gewerbmäßigkeit.
*Verweis, bei Felddiebstählen ausgeschlossen, I. 88.
*Verweisung, der V. hat der Beschluß des BG.'s auf Einleitung der U. vorauszugehen, II. 552, s. a. Einzelrichter.
*Verweisungserkenntniß, muß das zum Gegenstand der U. zu machende Verbrechen bestimmt bezeichnen, III. 445.
*—, s. a. NB.
Verwendungen, nützliche auf Dotalgrundstücke, III. 486.
Verzicht, dessen Revocation wegen error, resp. dolus, I. 330.
Verzug, s. Mora.

Digitized by Google

Verzugszinsen, bei der condictio indebiti, IV. 495.
—, ultra alterum tantum, VI. 320.
—, vergl. a. Zinsen.
Vetustas, beim Wasserlauf, II. 321. V. 57.
Via, s. Wegegerechtigkeit.
*Victualiendiebstahl, wonach dessen Objekt zu bemessen? IV. 18.
*Vieh, s. Einhüten.
Vindication, s. Intervention, I. 52. und Papiere a. p.
Vollmacht, Mängel der V., s. Contumaz.
Vollmacht, Zeichnung des Bürgermeisters ꝛc. bei V. für eine Commun, VI. 169.
Vollmachtsblanquet, dessen Requisite, I. 63. III. 521.
*„Vollziehung," von Gesetzen und Verordnungen in Art. 142 StGB. Beleidigung eines Gendarm, II. 174.
*Vorabzug der Zinsen, in wieweit als Wucher anzusehen? V. 143.
Vorausklage, s. benef. excuss.
Voraussetzung oder Bedingung? V. 258.
*Vorbereitende Handlung, Grenze zwischen derselben und dem Versuche, I. 303, V. 412.
*„Vor der Entbindung" in Art. 159. StGB., III. 436.
*Vorgesetzte, amtliche, Strafantrag bei Beleidigung, II. 178.
Vorhäupter, präsumtiv Gemeindeeigenthum, I. 150.
Vorkaufsrecht, ein mehrer zusammen zuständiges, kann nicht von Einem geltend gemacht werden, VI. 22.
—, „Fremder"? IV. 472. V. 64.
—, geht im allgemeinen activ und passiv auf die Erben über. Doch entscheidet die Wortfassung: ob jus personalissimum oder nicht? I. 358.
—, oder betagter Kauf? IV. 470.
Vormerkung, Nichtigkeit einer Mangel eines genügenden Rechtstitels zur Ungebühr bewirkten, V. 495.
Vormund, in wiefern durch einen Specialvormund zu ersetzen, V. 24.
—, zu Begründung der Klage gegen ihn auf Rechnungslegung gehört die Bezugnahme darauf, daß er Mündelvermögen zu verwalten gehabt, I. 143.
—, Eidesleistung für den Mündel, V. 511.
*Vorschlag, erfolgloser zu Eingehung eines Complotts, noch nicht Versuch zur Anstiftung, III. 316.
Vorschuß, an den Bräutigam, cond. c. d. c. n. s., II. 315.
—, auf überseeische Exporte, IV. 102.
—, nicht ohne Weiteres Darlehn, II. 154. VI. 406.
*Voruntersuchung, durch Collegialbeschluß des BG.'s ohne Zuziehung des StA. zu sistiren, IV. 426.
*„Waffe", in Art. 280 1, I. 270.
*Waffen, „mit W. versehen" in Art. 280 1, III. 246.
*—, „Gebrauch" derselben in Art. 280 1? IV. 305.
*—, s. a. Diebstahl.
*Wahrheitswidrige Aussage, auch erfolglose Verleitung dazu ist strafbar, III. 245.
*— —, nicht anwendbar auf unwahre Versicherungen einer bei dem betr. Acte fungirenden Gerichtsperson, III. 440.
*— —, s. a. Angelegenheit.
Wasserabfall, s. Abfall.
Wasserbenutzung, Seiten der Adjacenten eines Privatgewässers, Beschränkung zu Gunsten der Mühlen, IV. 539.
Wassererholungsbefugniß, II. 453.
Wasserkraft, Verkauf einer W. in wiefern beschränkt er den Verkäufer in der eigenen Wasserbenutzung? V. 381.
Wasserlauf, vetustas, II. 321. V. 57.
Wasserstreitigkeiten, in der Oberlausitz, Prozeßart, II. 346. III. 401. VI. 140. 174.

Digitized by Google

Wechsel, Accept, nicht datirtes, Beweislast, wenn der Acceptant zwischen Ausstellung und Verfall wechselunfähig gewesen, III. 513. V. 388.
—, —, allein fundirt nicht Civilklage nach Art. 83, I. 245.
—, Acceptant, Zinspflicht, s. u. W. Klage und Protestation.
Wechsel, Adresse, s. u. W. Zahlungsadresse, VI. 78.
—, Auslieferung, Recht auf A. nach Art. 48, dessen Beschränkung im Fall vergleichsweisen Verzichts auf einen Regreßanspruch, IV. 270.
Wechsel, Ausstellung, deren, resp. deren Begebung ꝛc. civilrechtliche Wirkung = Zahlung, resp. privative Novation, I. 24. 75. — Ausnahme, constatirt durch concludente Handlungen, V. 248. — wenn die Firma Schuldnerin und nur ein Socius Aussteller, V. 250.
Wechsel, Aval, solchen involvirt nicht eine separate Verbürgungsurkunde, VI. 462.
—, Bereicherungsklage, I. 245. III. 252.
—, Blancoindossament, macht den W. zu einem Papiere auf jeden Inhaber, welcher dadurch auch zum Prozeß legitimirt ist, III. 417.
—, — an den Domiciliaten oder Quittung? I. 427.
—, —, der durch B. legitimirte Inhaber hat sich nicht über die Veranlassung jenes auszuweisen, VI. 272.
—, Bürgschaft, s. W.-Aval.
Wechsel, Cession, deren unrichtige Datirung, II. 427.
—, Clausel „ich stehe für Stempel und Stempelstrafe" unschädlich, I. 441., i. u. s. W. formwidriger und W. Zinsversprechen.
—, Datirung, „Neujahrsmesse 1862" formwidrig, VI. 76.
—, Diffession, eines mandatwidrig ausgeführten Giro, II. 254.
—, domicilirter, der Zusatz zum Domicile eines eigenen W.'s „und aller Orten" erledigt Ersteres, I. 435. — s. a. III. 515.
Wechsel, domicilirter, mit benannten Domiciliaten gleiches Namens wie der Trassant, IV. 131.
—, Durchstreichungen, Einfluß, II. 251. 498.
—, Ehefrau, Trassirung an Ordre der E. Seiten des Mannes autorisirt solche i. Z. zur Weiterbegebung, I. 242.
—, —, s. a. Ehefrau, W. Handelsfrau und Indossament.
—, eigener an eigene Ordre, formwidrig, I. 540.
—, Einrede, der nicht erhaltenen Valuta, VI. 273.
—, —, des gemißbrauchten Blanquets, VI. 289.
—, —, Versprechen der Nichtbegebung, IV. 395. — vom WR. gegen einen der Schuldner keinen Gebrauch zu machen, VI. 273.
—, Executivprozeß aus solchen, (I, 439. 441.) III. 23.
—, formwidriger, wegen Nebenverträgen, III. 416., s. a. W. Zinsversprechen.
—, —, in wiefern Schuldverschreibung? VI. 79.
—, Handelsfrau, deren Qualität kann durch Zeugnisse der Verwaltungsbehörde bescheinigt werden, I. 69.
—, —, W. Operationen einer als solcher qualificirten Ehefrau, I. 70.
—, Indossament, der Ehefrau auf einem den Ehemann nach WR. verpflichtenden W. an sich nicht formlose Bürgschaft, I. 435.
—, —, nach Verfall, III. 289. V. 503.
—, Intervention, s. Wechselzahlung.
—, Klage des Indossanten gegen den Acceptanten, 6% Zinsen, II. 499.
—, —, im Accordfall nach der Preuß. Concursordn. v. 8. Mai, 1855, V. 372.
—, Novation, s. diese.
—, Präsentation ꝛc. resp. Protestation falls der Bezogene im Concurs ꝛc., bei dem Cridar, nicht bei dem Curator, I. 432.
—, —, s. a. W., Zahlungsadresse, VI. 78.

Digitized by Google

Wechsel, Protestation, dem Acceptanten gegenüber bedarf es zu Begründung des Zinsenanspruchs deren nicht, V. 350.
—, Protestaufnahme, vor Vormittag 9 Uhr, III. 199.
—, Quittung, durchstrichene auf der Rückseite i. Z. unschädlich, II. 251.
—, —, s. a. W., Blancoindossament.
—, Regreß, der Acceptant hat im Regreßfall 6% Zinsen zu vergüten, V. 352.
—, —, gegen den Indossanten bei Mangel Giro's des Remittenten, I. 532.
—, —, Mangel der Protestnotification nicht e. o. zu urgiren, II. 253.
—, —, setzt nicht Nachweis der Befriedigung der Nachmänner voraus, I. 71.
—, — Verjährung, nur, wenn liquid, e. o. zu berücksichtigen, VI. 132.
—, Remittent „an die Ordre des X. = an X. oder dessen Ordre, I. 244.
—, Retentionsrecht, qualificirtes, der mit W. belegten Commissionäre ꝛc., V. 390. VI. 75.
—, Unterschrift, zwischen Context und Datum, VI. 366.
—, —, vom Vertreter einer moralischen Person, III. 412.
—, —, der Firma oder privater des Socius mit dessen Namen die Societät firmirt? IV. 269.
Wechsel, Verfahren, s. Wechselprozeß.
—, Verjährung, Unterbrechung durch Ladung zum Wechselverhör, III. 251.
—, —, vor der WO. ausgestellter, III. 18. VI. 79.
—, Versprechen der Nichtbegebung ꝛc. IV. 395. VI. 273.
—, —, „aller Orten zu zahlen" im Domicilwechsel, III. 515. — s. a. I. 435.
—, Zahlung, des Bezogenen, kann von ihm nicht in eine Interventionszahlung umgewandelt werden, VI. 368.
Wechsel, Zahlung, s. a. Condiction, VI. 79.
—, Zahlungsadresse, im Falle einer Z. ist die Tratte nur bei dieser zu präsentiren und zu protestiren, VI. 78.
—, Zahlungszeit, auf Zeit nach Sicht mit Domicil und zu benennendem Domiciliaten, IV. 133.
—, —, „3 Monat a dato zahlen Sie", zulässig, III. 249.
—, —, „ultimo" fester Zahlungstermin, I. 245.
—, —, „ultimo August zahlen Sie", zulässig, III. 250.
—, Zinsen, s. o. W.-Klage und Protestation.
—, Zinsversprechen, Versprechen der Restitution an sich nicht restituabeler Kosten machen den eigenen W. zu einem formwidrigen, I. 435.
*—, gefälschter, Begebung, Creditbetrug, I. 418.
Wechselfähigkeit, s. W., Ehefrau und W., Handelsfrau.
Wechselgläubiger, Location bei den Concursen mehrerer Wechselschuldner, V. 352.
—, Location im Fall vom Mitschuldner geleisteter Abschlagszahlung, V. 364.
Wechselhaft, nicht anlegbar gegen einen Geisteskranken, II. 422.
—, wegen eines auf Herausgabe von Werthpapieren gerichteten Versprechens unstatthaft, II. 257.
—, s. a. Wechselprozeß.
Wechseloperationen, einer Handelsfrau, I. 69. — einer als solcher qualificirten Ehefrau, I. 70.
Wechselprozeß, allgemeines, III. 1 fg. — Prozeßart, III. 1. 23. — Competenz, III. 6. 28. 35. 203. — Execution in bona, III. 7. 23. — Handelsgericht, I. 72. III. 16. 39. V. 179.
—, aus formwidrigen Wechseln unstatthaft, I. 540. — aus formrichtigen Wechseln, III. 1., s. a. Wechsel, Verfahren.
—, der Bescheid muß von einem Richter abgefaßt sein, IV. 142.

Digitized by Google

Wechselprozeß, diffessio quoad contenta unzulässig, I. 75.
—, Diffession, des Rechts darauf geht Product nur nach legaler Aufforderung im Termin durch Mangel des Erbietens dazu verlustig, I. 74.
—, exceptio noviter emergens, V. 369.
—, executio in bona (I. 437.) III. 7. 23. — die e. i. b. aus einer W.-Condemnatoria gegen den wechselarrestfähigen Schuldner erfordert förmliche Hülfsauflage, IV. 272.
—, gegen den Zustandsvormund, V. 367.
—, Intervention, zulässig, IV. 187.
—, Mangel der Prozeßvollmacht von Klägers Sachwalter bewirkt Nichtigkeit des Verfahrens, I. 437.
—, nicht durch (irrthümliches) Anerkenntniß einer W.-Verbindlichkeit zu salviren, VI. 462.
—, Schuldarrest, Unbeachtlichkeit des auswärtigen Rechts bezüglich kürzerer Dauer, I. 73.
Weg, „freier", nicht ohne Weiteres servitus viae, I. 224.
—, öffentlicher, Competenz der Verwaltungsbehörde, Verfahren, I. 61.
—, —, Verjährungserwerb, IV. 94.
—, — Fußweg, private Fahrwegsgerechtigkeit auf solchem, IV. 95.
Wegegerechtigkeit, Breite, I. 150.
—, Erschwerung durch Mitbewirthschaftung eines Beistücks, II. 35.
—, Erwerb durch Verjährung, Umfang, I. 360.
—, nicht ohne Weiteres den actus mit umfassend, VI. 334. — s. a. quantum possessum etc.
—, s. a. a. confessoria und negatoria.
Werth, eines Grundstücks in der Vergangenheit, Beweis, II. 362.
* Werthpapiere, s. Betrug.
Werthsermittelung, durch Sachverständige, Prüfungsrecht des Richters, II. 365.
Wette, Ermäßigung, richterliche, der Wettsumme, V. 77.
—, Mand. v. 20. Decbr. 1766. handelt nur von W. beim Spiel, I. 135.
Wette, zur Lehre von der W., II. 316.
* Widernatürliche Befriedigung des Geschlechtstriebes bei Eheleuten, V. 142.
* Widerruf, unmotivirter, eines in der V.-U. abgelegten Geständnisses unbeachtlich, I. 90. 274.
* Widersetzlichkeit, „Anwendung von Gewalt" in Art. 142 StGB., III. 51.
* —, durch Bedrohung mit Thätlichkeiten, I. 86.
* —, gegen „Behörden" in Art. 144 StGB., I. 309.
—, oder Befreiung von Gefangenen? I. 308.
* —, von Wilddieben gegen Zollbeamte, I. 85.
* —, s. a. Vollziehung ꝛc., II. 174.
* —, des Diebes gegen die Festnahme nicht unbedingt Fortsetzungshandlung, I. 306.
* —, gegen den Inhaber einer öffentlichen Schänkstätte, VI. 32.
* Widerstand, s. Gewalt, Nothzucht.
* Wiederaufnahme, (allgemeines), gegen den Beschluß des BG.'s auf W. ist Berufung unzulässig, III. 71.
* —, —, wegen neuer Momente gegen die Glaubwürdigkeit der Zeugen, III. 450.
* —, —, — falscher Zeugen, III. 448.
* —, —, Verfahren, wenn der Zeuge, wegen dessen falschen Zeugnisses W. gesucht ist, verstorben, II. 96.
* —, auf Antrag des Angekl., wegen neuer Thatsachen, I. 287.
* —, auf Antrag des StA.'s, deren Voraussetzungen? III. 67. 448.
* —, —, Berücksichtigung des Verstoßes gegen Art. 386 StPO., nach Art. 348 StPO., ibid.
* —, —, wie die Art. 391 1 StPO. geordnete 8-W.-Frist zu salviren, I. 425.
* —, s. a. neue Thatsachen.
* Wiedereinsetzung, i. d. v. St., s. Fristversäumniß u. Rechtsmittel.
Wiederklage, deren Object, IV. 353.

Digitized by Google

Wiederklage, diffessio quoad contenta, das Erbieten dazu enthält einen selbstständigen Klaggrund, I. 377.
—, im Urkundenprozeß unzulässig, III. 313.
*Wilddiebstahl, inwiefern darauf Art. 277 2 anwendbar? II. 179.
*—, wird nicht begangen innerhalb eines Bezirks, auf welchem die Ausübung der Jagd ruht, V. 428.
*Wildpret, widerrechtliches Ansichnehmen erlegt aufgefundenen, wann kein Wilddiebstahl? VI. 113.
Wildschäden, Prozeßart für Ansprüche wegen W. Seiten des Pachters gegen den Verpachter, IV. 374.
*Winkelschriftstellerei, Begnadigungsgesuch an den Landesherrn, dessen Fertigung nicht W., II. 415.
*—, Fertigung von Käufen i. d. R. nicht W., III. 386.
*—, Gesuch um Bestellung eines Sachwalters nicht W., III. 383.
*—, ist es nicht, im Fall der Prüfung und Unterschrift der Eingabe durch einen Sachwalter, II. 550.
*—, ist es nicht, wenn die für einen Dritten abgefaßte Schrift die eigne Angelegenheit des Fertigers betrifft, V. 426.
*—, Nachlaßverzeichnisse, Testamente? III. 60.
*„Wohlbegründete Ueberzeugung", in Art. 287. 288. StGB., I. 272. II. 411.
Wucher, Anatocismus, s. d.
—, Contocorrentverhältnisse, s. d.
—, Leihgeld für Papiere au porteur? V. 455.
*Wucher, Art. 342 stellt nicht nach Cours dargeliehene Creditpapiere mit „Sachen" gleich, III. 62.
*—, Begriff, Ausflüchte, IV. 71.
*—, bei Erkaufung trockener Wechsel, IV. 264.
*—, Concurrenz mehrerer dasselbe Geschäft betr. W.-Handlungen, Novation? Strafe nach Art. 340 2 StGB., III. 385.
*—, „gesetzlich gestattete Zinsen" in Art. 340 StGB., III. 62.
*—, gewerbmäßiger, II. 84.
*Wucher, gewerbmäßiger, schließt die Anwendung des Concurrenzprincips für einzelne Fälle nicht aus, IV. 72.
*—, s. a. Vorabzug.
*Würderung, IV. 314.
Wurzeln, überlaufende, VI. 386.
Zahlungsversprechen, „in noch zu bestimmenden Terminen", II. 215.
—, „sobald als möglich in monatlichen Raten", VI. 406.
—, s. a. Verjährung, kurze, V. 257.
*Zeitschriften, s. Redacteur.
*Zerstörung, s. Beschädigung.
Zeuge, auf einen das Zeugniß verweigernden Z. verzichtet der Producent, wenn er auf Definitiventscheidung anträgt, V. 228.
—, auf Grund von schriftlichen Notizen aussagend, II. 363.
—, Aussage über den Inhalt einer Rede ist nicht unglaubwürdig, weil er sich des Wortlautes nicht erinnert, I. 172.
—, Befragung vor der Benennung um seine Wissenschaft von der Sache unschädlich, nicht suspect, I. 454.
—, Berichtigung eines Irrthums im Directorium, betreffs der Taufnamen 2c., V. 80.
—, Berichtigung, motivirte, seiner Aussage, II. 363.
—, ist negans nicht blos nesciens, wenn er die Nichtexistenz einer Wahrnehmung versichert, die er bei Existenz des betr. Vorfalls machen müssen, I. 237.
—, nur zwei classische Z. geben vollen Beweis, IV. 177.
—, sachverständiger, II. 514.
—, Sach- und persönliches Interesse, Beurtheilung, im Allgemeinen, I. 453.
—, —, im besonderen, Actuar, über Geschäftsvorkommnisse i. Z. classisch, I. 235.
—, —, —, bestrafter wegen Eigenthumsvergehens, nicht o. W. unzulässig, I. 235.
—, —, —, Eheleute nach Trennung der Ehe für einander an sich nicht unzulässig, I. 375.

Digitized by Google

Zeuge, Sach- u. pers. Interesse, Feindschaft, mit, resp. Vergehen gegen Producten? IV. 29.
—, —, —, Mandatar beider Parteien i. Z. classisch, VI. 426.
—, —, —, — früherer, für den Mandans nicht absolut unzulässig, I. 172.
—, —, —, Mitglieder des Stadtraths und Stadtverordnete in communlichen Prozessen unzulässig, II. 513.
—, —, —, — politischer Gemeinden, für solche nicht unzulässig, III. 254.
—, —, —, — — —, Bemessung der Glaubwürdigkeit, IV. 181.
—, —, —, Pachter für Verpachter? III. 255.
—, —, —, Richter über Geschäftssachen i. Z. classisch, I. 235.
—, —, —, Sachinteresse, unmittelbares bewirkt Unzulässigkeit, III. 419.
—, testes singulares, IV. 27.
—, unzulässiger, wenn er dafür erklärt, sind seine Aussagen nicht zu berücksichtigen, II. 371.
—, s. a. Substitution, II. 1.
*Zeuge, dessen Benennung ist als Antrag auf Abhörung anzusehen, VI. 122.
*—, kann ein Angeschuldigter durch Trennung connexer Untersuchungen zum Z. umgewandelt werden? I. 327.
*—, Vereidung, in der Art. 282 vorgeschriebenen Form, ist wesentliche Formvorschrift, I. 281.
*—, s. a. Auskunftspersonen, Beweismittelliste und Meineid, III. 374.
Zeugenabhörung, Recht der Civ.-Proz.-Nov., V. 121.
—, analoge Anwendung in Extrajudizialsachen, V. 529.
Zeugenbeweis, Beurtheilung der Ergebnisse, II. 367. 368.
—, — — — in Betreff des Verjährungserwerbs von Befugnissen, IV. 27.
*Zeugniß, s. Anverwandte.
Zeugnisse, öffentlicher Behörden als Beweisurkunden, III. 337 fg.
Zeugnisse, auswärtiger Behörden, deren Requisite, I. 375.
Zinsberechtigung, des Mandatar, neg. gestor, VI. 315.
Zinsen, s. Concurs, Ehefrau, Mandat, Mora, neg. gestio, Rechtskraft, Verzugszinsen, Wechsel.
*Zinsen, s. Vorabzug.
Zinsenverbot, ultra alterum tantum, cessirt bei Verzugs- und Legalzinsen, VI. 320.
Zollniederlage, für die darin asservirten Waaren haftet die Zollbehörde, wem? II. 311.
*Zollvergehen, Verhältniß des Ges. v. 8. Jan. 1855 und vom 3. April 1838, III. 170.
*Zubinden, unter welchen Voraussetzungen als Verschluß zu betrachten? V. 418. s. a. Bindfaden.
*Züchtigungsrecht, auch auf das Verhältniß der Fiacrekutscher anwendbar, IV. 155.
*Zündstoffe, Verantwortlichkeit für deren unvorsichtige Verwahrung, VI. 100.
Zugeständniß, der Vaterschaft vor Geburt des unehelichen Kindes i. Z. wirkungslos, I. 141.
—, des Bekl. in einer nur eventuell eingereichten Einlassung bindend, II. 359.
—, erledigt Generalität ꝛc. der Klage, I. 65. III. 108.
—, im Handelsgerichtsprozeß aus Wechseln, I. 72.
—, qualificirtes, s. Geständniß und Klaggrund.
—, späteres in Bezug auf in der L. C. negirte facta aliena erledigt in der Regel: negans non excipit etc., III. 453.
*— limitirtes, Beweis der Einwände, I. 528.
„Zug um Zug", beim Kaufe zwischen entfernten Contrahenten, V. 380.
*„Zur Ausführung mitwirkt" in Art. 50 StGB., II. 543.
*Zurechnungsfähigkeit, verminderte, Einfluß auf Anwendung des Art. 300 StGB., II. 77.
*Zurechtweisungen, s. Kinder.

Digitized by Google

* Zurücknahme, s. Strafantrag.
* Zurückweisung, der U.-Sache in die 1. Instanz nach Wegfall der Einsatzstrafe, IV. 49. 521.
* Zusammenhang, ursachlicher, zwischen Fahrlässigkeit und Rechtsverletzung, IV. 145.
* Zusammentreffen, von Freiheits- und Geldstrafen in Concurrenzfällen, II. 68.
* —, von Uebertretungen gegen das Ges. v. 4. Decbr. 1837, diesfalls Art. 78 1 StGB. nicht anwendbar, II. 67.
* Zuständigkeit, über dieselbe hat das BG. vor Bestellung des Untersuchungsrichters zu cognosciren, IV. 267.
* —, s. a. Gerichtsstand.
Zustandsvormund, s. Wechselprozeß.
—, auf Ansuchen, I. 159.
Zwangsverfahren, im Eheprozeß, IV. 451.

II. Gesetzregister.

A. Römisches, Canonisches und Deutsches Recht.

§. 10 J. de exc. (4. 13.) V. 327.
L. 20 §. 6, squ. l. 22, l. 25, D. de her. pet (5. 3.) I. 155.
L. 13 §. 1 D. de serv. praed. urb. (8. 2.), III. 220.
L. 29 §. 2. 3. 4. D. ad legem Aquil. (9. 2.), II. 230.
L. 43 D. de cond. indeb. (12. 6.), III. 288.
L. 12 jcto. l. 27. 28. 38. pr. 67 pr. D. pro socio (17. 2.), III. 76. 80 fg.
L. 12 D. de prob. (22. 3.), II. 460.
L. 24 D. de cond. et dem. (35. 1.), II. 149.
L. 1 §. 21 D. de aqua et a. p. a. (39. 3.), II. 323.
L. 29 D. de V. O. (45. 1.), II. 236.
L. 17 §. 1 de V. S. (50. 16.), VI. 71.
L. 54 jcto. L. 143, l. 160 §. 2, l. 175 §. 1, l. 177 pr. D. de R. J. (50. 17.), III. 77.
L. 161 D. eod., II. 149.
L. 5 C. de legibus (1. 14.), II. 210.
L. ult. C. de spons. (5. 1.), I. 40. II. 540.
L. 21 C. de testam. (6. 23.), I. 226.
L. ult. C. de fideic. (6. 42.), VI. 97.
L. 3 C. de pact. pign. etc. (8. 35.), II. 228.
Feud. II. 56. VI. 71.
Cap. 9 X. de prob. (2. 19.), I. 147.
Cap. 1 de L. C. in 6to (2. 3.), II. 398.
Cap. 3 de sent. in 6to (2. 14.), IV. 460.
Cap. 43 de R. J. in 6to, II. 212.
Sachsenspiegel,
I. 31. 45., VI. 333.
II. 40. IV. 499. VI. 65.
II. 50. 52. II. 160. VI. 388.
II. 58. V. 478.
III. 45. VI. 333.
III. 76. V. 478.
Magdeburger Weichbildrecht. Art. 125. 126. II. 160. VI. 388.
Reichs-Abschied von 1570 §. 89, II. 385.
Reichs-Abschied von 1654 §. 37, V. 320. fg.

Digitized by Google

B. Particularrecht.

Fischordnungen vom 16. März 1560 ꝛc., VI. 72.
Const. 3 P. I. v. 21. April 1572, II. 385.
Mandat v. 1. Mai 1572, VI. 72.
Prozeßordnung v. 28. Juli 1622. Tit. VII. §. 6. I. 446.
- XI. §. 6. II. 386. VI. 465.
- XX. §. 4. II. 1.
- — §. 8. II. 4.
- XXI. §. 1. II. 1.
- XXIV. §. 1. II. 1. III. 352.
- — §. 3. II. 386. 395.
- LI. §. 1. II. 139.
- — §. 3. II. 136.
Dec.-Befehl v. 23. Sept. 1622, VI. 506.
Eheordnung v. 10. Aug. 1624, III. 303.
Decisiones etc. v. 22. Juni 1661. dec. 4. I. 179.
- 12. II. 395.
- 57. III. 185.
Erledigung ꝛc. v. 22. Juni 1661, Tit. v. Just.-Sachen.
§. 2. fg. II. 395.
§. 8. II. 104.
§. 18. II. 387.
Dec.-Rescript v. 4. Sept. 1669, V. 390.
Wechselordnung v. 2. Oct. 1682 §. 34. V. 390.
Handelsgerichtsordnung vom 21. Decbr. 1682, Art. 3. I. 445. II. 247.
Mandat v. 21. Decbr. 1705, II. 305.
Mandat v. 31. Juli 1723, II. 151.
Erl. Proz.-Ordn. v. 10. Jan. 1724. ad Tit. I. §. 6. II. 105. IV. 373.
- - §. 10. I. 446.
- - §. 14. IV. 349.
- - IV. §. 1. I. 64.
- - — §. 2. II. 353.
- - V. §. 1. 2. II. 476. 500.
- - — §. 4. I. 459.
- - — §. 8. V. 509.
- - VII. §. 7. I. 446.
- - IX. §. 4. I. 180.
- - XI. §. 1 fg. II. 387.
- - — §. 4. V. 520.
- - XV. II. 473.
- - XVI. §. 3. III. 453.
Erl. Proz.-Ordn. v. 10. Jan. 1724. ad Tit. XVIII. §. 2. II. 1.
- - — §. 4. V. 511.
- - — §. 6. II. 510. III. 454.
- - XX. §. 1. II. 43.
- - — §. 7. II. 1.
- - XXIII. §. 2. II. 4.
- - XXIV. §. 1. I. 374. II. 1.
- - XXV. §. 3. IV. 366.
- - — §. 4. II. 256.
- - XXX. §. 1. I. 233.
- - XXXIX. §. 5. 6. II. 397.
- - — §. 8. IV. 384.
- - — §. 19. I. 477.
- - XLI. §. 1. II. 149.
- - — §. 4. III. 240.
- - — §. 10. V. 390.
- - XLII. §. 4. IV. 419.
- - XLIV. §. 1. I. 183.
- - — §. 2. I. 149. VI. 182.
- - XLVIII. VI. 182.
Anhang §. 1. II. 104.
— §. 2. II. 104.
— §. 4. I. 185. III. 112.
— §. 5. I. 540. V. 80.
— §. 6. II. 215. V. 453. VI. 406.
— §. 10. II. 397.
O.-A.-Patent, v. 18. Aug. 1727, II. 346. III. 401. VI. 140. 174.
Rescript v. 14. Juni 1728, I. 378. II. 144. III. 271.
Decisiones nov. v. 2. Juli 1746. dec. 1. II. 43.
- 2. III. 296.
- 23. VI. 28.
- 39. II. 340.
Rescript v. 31. Mai 1747, VI. 506.
Mandat v. 20. Decbr. 1766, I. 135.
Gesch. Bank.-Mandat v. 20. Dec. 1766.
§. 15. I. 369. II. 462. IV. 418. V. 75.
§. 20. III. 272. 274.
Mandat v. 13. Nov. 1779.
§. 1. no. 3b. IV. 393.
§. 1. no. 7. I. 378.
§. II. III. VI. 189.
Borm.-Ordnung v. 10. Oct. 1782.
Cap. XVIII. §. 2. I. 143.
Cap. XXIV. §. 5. 6. I. 159.

Digitized by Google

Rescript v. 17. Juli 1794. no. 7. IV. 349.
Befehl v. 7. Oct. 1800, §. 2. VI. 73.
Rescript v. 24. Oct. 1800, IV. 1.
Gen. v. 14. Dec. 1801, V. 232.
Mandat v. 1. März 1804, VI. 17.
OBA.-Patent v. 30. März 1805, VI. 506.
Gen. v. 23. Juli 1805, II. 435.
Rescript v. 15. Jan. 1808, IV. 1.
Rescript v. 5. Sept. 1808, IV. 2.
Gen. v. 8. Mai 1811, §. 3. VI. 73.
Gen.-Gouv.-Patent v. 21. April 1814, IV. 374.
Gen. v. 25. Juli 1817, §. 3. II. 435.
Gen. v. 16. Dec. 1817, IV. 374.
Mandat v. 27. Sept. 1819, §. 4. II. 244. 525. VI. 1. fg.
Verordn. der L.-R. v. 21. März 1820, §. 6. II. 244.
Verordn. d. L.-R. v. 7. Juni 1821, VI. 413.
Mandat v. 13. März 1822, §. 31. 32. IV. 253.
Gesetz v. 29. März 1822, III. 212.
Mandat v. 1. April 1824, I. 67. II 353.
Mandat v. 6. Novbr. 1828, §. 1. 2 jcto 7. IV. 512.
Mandat v. 12. Nov. 1828, §. 5. IV. 190. 276.
Erbf.-Mandat v. 31. Jan. 1829, §. 2. 7. IV. 411.
§. 3. I. 367.
§. 84—88. II. 355.
§. 121. I. 368.
Mandat v. 4. Juni 1829, §. 21. IV. 330.
Cartellconvention v. 19. März 1831, Art. 14. III. 97.
Ablös.-Ges. v. 17. März 1832.
§ 77. 79. VI. 393.
§. 300. II. 35.
Gesetz v. 26. Oct. 1834, §. VI. I. 443.
Gesindeordnung v. 10. Jan. 1835, §. 51. III. 51. 441.
Gesetz A. v. 28. Jan. 1835.
§§. 82. und 11. VI. 220.
Gesetz B. v. 28. Jan. 1835.
§. 11. fg. IV. 193 fg.
§. 11. IV. 194.
§. 12. IV. 197.
§. 13. IV. 203.
Gesetz B. v. 28. Jan. 1835.
§. 14. IV. 207.
§. 17. IV. 209.
§. 18. II. 486. IV. 210.
§. 19. I. 175. IV. 233.
§. 30.—33. IV. 241.
§. 34. IV. 253.
Ausf.-Verordnung v. 28. März 1835, §. 16. I. IV. 256.
Gesetz v. 25. Jan. 1836, §. 29. I. 183.
Verordn. v. 9. April 1836, §. 7. II. 140.
Rechtssatz des OAG.'s v. 16. Mai 1836, IV. 11.
Rechtssätze ꝛc. v. 6. Aug. 1836.
sub III. III. 185.
- IV. IV. 11.
Verordn. v. 30. Jan. 1837, VI. 507.
Gesetz v. 4. Dec. 1837, II. 67. 285.
Erl. Gesetz v. 13. Jan. 1838.
§. 1. fg. IV. 193. 210.
§. 1a. II. 486.
§. —b. I. 462.
§. 4. III. 5.
§. 6. VI. 427.
§. 8. I. 176. IV. 236.
§. 9. I. 75. IV. 233.
§. 10. IV. 241.
Gesetz v. 19. Febr. 1838.
§. 1. VI. 97.
§. 4. IV. 171.
Exec.-Gesetz v. 28. Febr. 1838
§. 5. VI. 475.
§. 26. fg. IV. 247.
§. 30. II. 101.
§. 45. IV. 384.
§. 47. IV. 382.
§. 54. I. 183.
§. 55. I. 52. II. 374. III. 460 VI. 176.
§. 56. IV. 387.
§. 57. II. 64.
§. 85. IV. 245.
§. 86. fg. I. 463. 467. IV. 248.
Zollstrafgesetz v. 3. April 1838, § 20. III. 170.
Bagatell-Gesetz v. 16. Mai 1839, §. 22. 43 a. II. 379.
Rechtssätze ꝛc. v. 2. Oct. 1839.
§. 10. IV. 92.
§. 15. V. 27.
§. 16. V. 31.
§. 17. IV. 92.

Digitized by Google

Justizconvention mit Preußen v. 14. Oct./30. Nov. 1839.
Art. 3. III. 114.
" 4. III. 519. 520.
" 4. 8. I. 62.
Gesetz v. 14. Mai 1840, II. 285.
Verordn. v. 9. Oct. 1841, VI. 222.
Gr.-u. Hyp.-Gesetz v. 6. Nov. 1843.
§. 10. I. 59.
§. 16 7. I. 193. VI. 244. 415.
§. 28. VI. 247. 264.
§. 38 1. I. 44.
§. 40. II. 65.
§. 41. IV. 410.
§. 48. f. I. 97.
§. 51. V. 495.
§. 67. I. 480.
§. 72. f. I. 44.
§. 107. V. 498.
§. 122. f. VI. 247.
§. 130. I. 384. III. 300. IV. 409.
§. 146. I. 110. IV. 406. f.
§. 147. I. 60. 152. VI. 244. 415.
§. 148. I. 152.
§. 179. I. 97.
§. 233. VI. 247.
Verordn. v. 11. Jan. 1844, IV. 255.
Ausf.-Verordn. v. 15. Febr. 1844.
§. 17. II. 65.
§. 20. I. 97.
§. 64. f. I. 97.
§. 75. II. 64.
Gesetz v. 22. Febr. 1844, II. 29.
Verordn. v. 3. Juli 1845, VI. 506.
Gesetz v. 23. Juli 1846, I. 331.
§. 1 1. I. 550. IV. 97.
§. 1 3. I. 140.
§. 5d. V. 257. 433.
§. 5f. I. 29.
§. 7. I. 29.
§. 10. V. 257. 433.
Rechtssätze 2c. v. 4. März 1848.
§. 2. III. 265.
§. 3. IV. 200.
§. 5. 6. II. 64.
A.D. Wechselordn. v. 24. Nov. 1848.
Art. 1. I. 242.
" 2 2. III. 412.
" 2 3. I. 69. 70.
" 4 3. I. 244.
" —1. I. 245. III. 249. 250.
" —5. VI. 366.
" —6. VI. 76.
" 12. I. 427. III. 417.
A.D. Wechselordn. v. 24. Nov. 1848.
Art. 16. III. 289. V. 533.
" 21. III. 513.
" 36. II. 251.
" 40. V. 350.
" 41. I. 71. 432. 532. II. 253.
" 43. I. 435. III. 515. IV. 131. 133.
" 48. IV. 270.
" 50. V. 352.
" 51. I. 71. II. 499.
" 62. VI. 368.
" 79. VI. 132.
" 80. III. 251.
" 81. II. 499.
" 82. VI. 273. 289.
" 83. I. 245. III. 252.
" 95. III. 412.
" 96 3. I. 540.
" 99. I. 435. III. 515.
" 100. III. 18.
Einf. Gesetz dazu v. 25. April 1849.
§. 8. III. 199.
§. 10. V. 390.
Gesetz v. 7. Juni 1849.
§. 30. fg. III. 1. fg. IV. 142.
§. 31. III. 6. 28. 35. 203.
§. 40. II. 256.
§. 46. III. 7. 23.
§. 53. III. 16. 39.
Preß-Gesetz v. 14. März 1851.
§. 26. II. 89. III. 444. VI. 41.
Berg-Gesetz v. 22. Mai 1851.
§. 247. I. 56.
§. 295. VI. 508.
Bundesbeschluß v. 6. Juli 1854.
§. 20. II. 89.
Zollstrafgesetz v. 8. Jan. 1855.
§. 1—5. III. 170.
Concursordn., Preuß., v. 8. Mai 1855. §. 190. fg III. 114. V. 372.
Strafgesetzbuch v. 11. Aug. 1855.
Art. 5. II. 404.
" 8. II. 404.
" 17. IV. 53. 556.
" 28. I. 258.
" 38. VI. 278.
" 39. I. 303. V. 412.
" 40. IV. 66. 303.
" 41. III. 371.
" 43. I. 81. II. 405. IV. 152.
" 45. V. 412.
" 47. I. 82.

Digitized by Google

Strafgesetzbuch v. 11. Aug. 1855.
Art. 48. I. 259. IV. 145. VI. 100. 278. 433.
= 50. I. 82. 259. 260. 305. 413. III. 49. IV. 157.
= 53. II. 405. IV. 149.
= 58. III. 373.
= 59. I. 413.
= 60. III. 319. 433.
= 61. VI. 67. III. 434. IV. 53.
= 62. VI. 278. 433.
= 63. IV. 149.
= 64. III. 316.
= 65. V. 127. VI. 30.
= 66. III. 97.
= 70. III. 242.
= 72. II. 188. III. 193. IV. 71.
= 78. I. 261. 262. 263. 306. 521. II. 68. 258. III. 244. 385. IV. 49. 257. VI. 61.
= 82. I. 423. 516. II. 259. 545.
= 84 2. V. 122. 137. 413. VI. 437.
= 89. III. 319.
= 91. I. 83.
= 106. II. 259. VI. 83.
= 111 2. I. 164.
= 114. I. 307. 517.
= 116. IV. 54.
= 117. IV. 54.
= 120. IV. 54.
= 122. III. 322.
= 127. II. 69.
= 128. VI. 101.
= 133. VI. 438.
= 138. IV. 58.
= 142. I. 85. 86. 308. II. 174. III. 51. IV. 152.
= 144. I. 309.
= 151. III. 320. IV. 549. VI. 32.
= 151 2. I. 85.
= 152. I. 517.
= 153. I. 264. 308. 309.
= 155. V. 242.
= 156. II. 70.
= 159. III. 436. IV. 59.
= 162. II. 71. III. 437. IV. 59. V. 126.
= 163. III. 439. V. 413.
= 164. I. 265. 266. II. 175. IV. 258.
= 165. IV. 145.
= 167. I. 310.
= 169. II. 177.

Strafgesetzbuch v. 11. Aug. 1855.
Art. 171. III. 440.
= 180. II. 409. VI. 84.
= 181. IV. 61. V. 127. VI. 279.
= 183. II. 409.
= 201. I. 312. III. 162. VI. 101.
= 203. I. 86.
= 206. I. 86. II. 411. VI. 104.
= 208. I. 86. 314. II. 261.
= 209. VI. 106.
= 216. VI. 280.
= 221. IV. 153. VI. 282. III. 374.
= 226. VI. 171.
= 227. III. 99. VI. 282.
= 228. II. 72.
= 229. I. 495. III. 245. 440. IV. 62. 64. V. 127.
= 232. III. 322. VI. 107.
= 235. I. 266. 316. II. 546. IV. 260. V. 244.
= 237. I. 316. II. 73.
= 238. I. 285. IV. 260.
= 239. III. 51. 441. IV. 13. 155. V. 244. VI. 85
= 240. I. 416. IV. 421.
= 241. I. 87. IV. 15. VI. 439.
= 242. III. 376.
= 243. I. 519. II. 74. 75. III. 376. 442. IV. 65. V. 128. VI. 85. 283. 439.
= 244. III. 443.
= 246. II. 178. V. 415. VI. 108.
= 247. II. 75. III. 101.
= 271. III. 52.
= 272. II. 77. 86. 185. III. 53. V. 245. 417. VI. 39.
= 273. VI. 34.
= 277 3. II. 179. IV. 304. VI. 109
= — 4. I. 305. 318. II. 180. III. 55.
= — 5. II. 181. VI. 35. 36. 86.
= — 7. I. 267. 318. II. 169.
= 278. I. 500. III. 102
= — 1. IV. 15. 16. 156. 424. VI. 441.
= — 1b. I. 267. 269. II. 260. III. 57. V. 418.
= — 2. II. 76. 543. III. 377. IV. 67.
= — 3. I. 268. 269. II. 183. V. 129.
= — 4. II. 181. III. 378. IV. 55. VI. 86.

Digitized by Google

Strafgesetzbuch v. 11. Aug. 1855.
Art. 279. IV. 66.
" 280. I. 270. III. 246. IV. 305. 551. VI. 87. 442.
" 284. I. 270. 417. II. 78. 80. 481. III. 247. 324. 380. V. 419.
" 285. IV. 553. VI. 37.
" 286. I. 271. 418. III. 104. IV. 67. 308. V. 421.
" 287. I. 272. 419. 500. 522 II. 77. 184. 185. 411. III. 53. 57. 102. IV. 157. 262. 553. V. 131. 139. 193. 245. 421. VI. 110. 284.
" 288. I. 319. 522.
" 289 1. I. 273. II. 287. III. 194. V. 132. 133. 423. VI. 285.
" —2. IV. 263. 553.
" 291. II. 82. III. 53. V. 246. 425. VI. 86. 91.
" 292. II. 83. 265. 413. VI. 436.
" 293. II. 84. 85. 188. IV. 71.
" 294. VI. 30. 436.
" 295. II. 548. III. 248. IV. 314. V. 315. VI. 444.
" 299. II. 189. III. 164.
" 300. I. 420. 423. 522. II. 86. 173. III. 165. 328. 382. IV. 17. 556. V. 136. 137. 138.
" 302. V. 139.
" 303. II. 86. IV. 18.
" 304. I. 320. II. 189. III. 38.
" 305. II. 549.
" 306. IV. 19.
" 307. III. 58.
" 308. I. 321.
" 309. I. 523. III. 104. VI. 445.
" 310. I. 525. V. 140. 141.
" 311. I. 273. 526. 527. II. 190. III. 195. 311. IV. 553. VI. 111.
" 319. II. 80. IV. 306.
" 320. IV. 149. VI. 285.
" 324. II. 263.
" 330 1. VI. 39.
" —3. II. 86. 1. 91.
" —4. I. 522.
" 332. VI. 112.

Strafgesetzbuch v. 11. Aug. 1855.
Art. 335. VI. 91.
" 336. IV. 312.
" 339 II. 415. 550. III. 60. 383. 386. V. 426.
" 340. III. 62. 385. IV. 71. V. 143.
" 342. III. 62.
" 344. IV. 72.
" 345. IV. 264.
" 351. III. 329.
" 355. V. 427.
" 357. V. 142.
" 360. V. 247.
" 372. III. 168.
" 373. II. 414. V. 428.

Eisenbahn- 2c. Gesetz v. 11. Aug. 1855.
Art. 1. I. 323.
" 6. II. 88.
" 7. V. 430.

Forst- 2c. Strafgesetz v. 11. Aug. 1855.
Art 1. VI. 40.
" 2. III. 63. 169. IV. 73. 158. VI. 446a. V. 429. VI. 113.
" 3. VI. 93.
" 4. VI. 113.
" 52a. I. 88. VI. 40.
" 10. 1. 2. IV. 265. VI. 114.
" 12. V. 429.
" 18. II. 189.
" 22. II. 265. III. 329.
" 26. I. 88. II. 189. V. 138.

Strafprozeßordnung v. 11. Aug. 1855.
Art. 10. I. 89. 528.
" 18. III. 172. IV. 557.
" 28. IV. 426.
" 29. III. 331.
" 32. I. 284. 531. III. 331. V. 415.
" 35. I. 275. IV. 266. 430. VI. 117.
" 38. V. 144.
" 44. 1., IV. 74.
" — 2. II. 266.
" — 3. III. 388. VI. 118.
" — 4. II. 267.
" 46. III. 388.
" 47. II. 267. 552. III. 64. 332.
" 49. IV. 431.
" 50. VI. 41.
" 56. VI. 120.

Digitized by Google

Strafprozeßordnung v. 11. Aug. 1855.
Art. 57. II. 268.
" 58. VI. 42. 118. VI. 120.
" 61. VI. 286.
" 85. I. 276. 529. II. 270. IV. 161.
" 86. I. 326.
" 87. II. 272. 273. III. 66.
" 88. III. 389. VI. 121. 447.
" 89. III. 333.
" 90. I. 324. 422. II. 274. III. 196. 391.
" 107. II. 274. IV. 75.
" 115. IV. 267.
" 117. III. 392. VI. 122.
" 125. IV. 20. 426.
" 136. IV. 313.
" 157. II. 554.
" 164. IV. 163.
" 166. IV. 163.
" 174. II. 275.
" 175. V. 147.
" 188. II. 91.
" 211. I. 327.
" 212. III. 393.
" 213. V. 432.
" 222. II. 416.
" 225. I. 89.
" 234. I. 277. IV. 160.
" 236. III. 445.
" 242. I. 91.
" — II. I. 276. III. 446.
" 243. I. 93. 325. III. 392. IV. 160. V. 149. VI. 94. 122.
" 246. I. 91.
" 247. II. 285. 417. 556. III. 176.
" 260. IV. 315. V. 150. VI. 448.
" 262. IV. 315.
" 264. IV. 315.
" 277. VI. 449.
" 278. III. 197. IV. 267.
" 280. I. 90. 274.
" 282. I. 281.
" 294. VI. 449.
" 297. I. 277. II. 417.
" 298. II. 417.
" 301. VI. 287.
" 302. I. 92. II. 92.
" 304. I. 93. II. 558.
" 308. II. 274.

Strafprozeßordnung v. 11. Aug. 1855.
Art. 310. V. 247.
" 311. II. 276.
" 319. II. 94.
" 320. I. 278.
" 338. I. 94. 94. II. 277.
" 344. IV. 51.
" 347. I. 274. 423. II. 90. 278. 289. 418. 420. IV. 22. 558.
" 348. II. 556. VI. 417.
" 349. I. 92.
" — I_1. 95. 96. 279. 281. 282.
" — II_1. 95. 280. 284. II. 279 VI. 450.
" — III_1. 278. II. 279.
" 350. IV. 431.
" 352. II. 90.
" 357. II. 201.
" 358. I. 279. VI. 94.
" 361. I. 276.
" 362. I. 283. II. 95. 270. 280. V. 415. VI. 122.
" 368. II. 280. VI. 123.
" 370. II. 283.
" 371. II. 280.
" 375. I. 284. II. 559. III. 394.
" 377. I. 284. II. 92. III. 447.
" 379. II. 556. III. 334. IV. 317. VI. 43. 123. 126.
" 380. IV. 559.
" 383. I. 276.
" 385. I. 285. 287. III. 70. 447.
" 386. II. 560. III. 67. 71. 448. 450. VI. 46.
" 387. II. 96. III. 450. 488.
" 390. I. 287.
" 391. I. 425.
" 408. II. 277. VI. 127.
" 409. IV. 22. 268.
" 421. IV. 23. VI. 121.
" 434. I. 426.
" 449. IV. 437.

Militärstrafgesetzbuch vom 11. Aug. 1855. §. 55. II. 259.
Ausf.-Verordn. v. 31. Juli 1856. §. 72_1. IV. 560.
§. 91. II. 67.

Digitized by Google

Taxordnung v. 6. Septbr. 1856.
§. 74. II. 421.
§. 78c. II. 421.
— ». II. 421. III. 198.
Erl.-Gesetz v. 15. Juli 1858., I. 418.
Gesetz v. 25. Nov. 1858.
§. 1. V. 490.
§. 14. V. 25.
§. 15. V. 490.
Verordn. v. 16. Nov. 1859. IV. 337.
Gewerbegesetz, v. 15. Oct. 1861.
§. 22. V. 215.
§. 30. fg. V. 183.
Crim.-Novellen v. 25. Sept. 1861.
Nov. XX. VI. 120.
» XXII. VI. 120.
» XXVII. VI. 123.
A. D. Handelsgesetzbuch.
Art. 29 f. VI. 453.
» 127. VI. 452.
» 182 f. VI. 457.
» 207 f. VI. 457.
» 223. VI. 457.
» 313 f. VI. 75.
Einf.-Gesetz dazu, v. 30. October 1861.
§. 4. VI. 75.
Gesetz v. 30. Decbr. 1861.
§. 1. IV. 238. 353.
§. 3. IV. 238. 353.
§. 9. V. 1.
§. 11. V. 97.
§. 12. V. 104.
§. 13. V. 114. VI. 421.
§. 16. V. 117.
§. 17—21. V. 121.
§. 17—24. V. 429.
§. 24. V. 531.
§. 27. IV. 239. V. 541. VI. 337.
Ausf.-Verordn. v. 30. Dec. 1861.
§. 1. IV. 240.
Bürgerliches Gesetzbuch vom 2. Jan. 1863. (Die Seitenzahlen, soweit nicht eine Bandnummer vorgesetzt, beziehen sich auf das Extraheft zu Bd. III. „Die Gegner ꝛc." bei vorgesetztem D. auf die dazu gehörige Duplik.

BGB.	Entw.	Seite.
63.	§. (65)	21.
66.	§. (68)	22.
134.	§. (142)	17, D. 13.
177.	§. (185)	25.
332.	§. (343)	26, D. 14.
362.	§. (372)	VI. 386.
493.	§. (504)	26. 27.
644.	§. (660)	12.
655.	§. (669)	21.
662.	§. (678)	44.
671.	§. (689)	39.
680.	§. (695)	36.
702.	§. (721)	38.
738.	§. (757)	D. 11.
756.	§. (775)	31.
758.	§. (777)	31.
761.	§. (780)	D. 12.
763.	§. (782)	25.
774.	§. (797)	33.
775.	§. (798)	33.
782.	§. (805)	14, D. 11.
799.	§. (824)	37, D. 12.
968.	§. (995)	f. VI. 401.
982.	§. (1009)	44.
996.	§. (1023)	42.
998.	§. (1025)	25.
1036.	§. (1068)	47.
1045.	§. (1075)	31.
1083.	§. (1113)	40.
1261.	§. (1290)	47.
1459.	§. (1488)	D. 12.
1481.	§. (1510)	45.
1539.	§. (1569)	41.
1561.	§. (1591)	45.
1719.	§. (1751)	17.
1720.	§. (1752)	17.
1725.	§. (1757)	25.
2007.	§. (2041)	19, D. 16.
2121.	§. (2155)	29.
2149.	§. (2183)	29.

Dresden, Druck von E. Blochmann und Sohn.

Digitized by Google

Digitized by Google